

**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

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

THE LEGAL POSITIVISM SURVIVAL IN NEOCONSTITUCIONALISM: GUARANTEEIST JUSPOSITIVISM AS A POSSIBILITY

**Lucas Duarte de Medeiros ¹
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.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo, Positivismo jurídico, Pós-positivismo, Juspositivismo garantista

Abstract/Resumen/Résumé

The research analyzes if the advent of neoconstitutionalism resulted in the overcoming of legal positivism, as part of the brazilian doctrine claims. This problem is linked to the semantic vagueness that surrounds the terms: legal positivism and neoconstitutionalism. Marking the use of both expressions, it exposes the evolution of legal positivism and, after that, discusses the criticism aimed at it by Ronald Dworkin. It demonstrates that Hart confronted Dworkin, intending to adapt that philosophy of law to the neoconstitutionalism, originating different schools of law, including the guaranteeist juspositivism, which leads us to the conclusion that legal positivism is alive.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Neoconstitucionalism, Legal positivism, Post-positivism, Guaranteeist juspositivism

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

1 INTRODUÇÃO

A partir dos fenômenos histórico-políticos ligados às revoluções liberais e com o movimento iluminista, que terminaram por estabelecer as bases do Estado contemporâneo, o Positivismo Jurídico se firmou como uma concepção jusfilosófica quase que hegemônica, dominando a filosofia do direito do Século XIX e a primeira metade do século XX.

Pode-se afirmar que as críticas mais acirradas ao positivismo jurídico se iniciaram com Lon Fuller, após a publicação do seu ensaio *The law in quest of itself* em 1940, atingindo seu auge com o famoso debate entre H. L. A. Hart e Ronald Dworkin, iniciada com o seminário de 1967 *The Model of Rules I*, em que este último critica o positivismo daquele (SHAPIRO, 2007, p. 1), promovendo uma guinada na filosofia do direito a partir da segunda metade do século XX.

Diante desse cenário, o discurso de muitos juristas, especialmente os brasileiros, passaram a afirmar como truísmo que o pós-segunda guerra mundial representou o fracasso político do positivismo (BARROSO, 2006, p. 20) e que, com a redemocratização e a consolidação dos novos Estados constitucionais europeus, tal corrente filosófica restou falida, sendo totalmente imprestável, remanescendo apenas seu valor histórico¹, inaugurando um novo cenário jusfilosófico intitulado Pós-positivismo, que serve de base para o neoconstitucionalismo².

No Brasil, o antipositivismo ganhou muitos adeptos das teses defendidas pelo precitado Dworkin e, sobretudo, por Robert Alexy, que advogam a existência de princípios dotados de normatividade e carga eminentemente axiológica nas constituições atuais, constituindo verdadeiros elementos de porosidade para a incorporação de valores no ordenamento jurídico, refutando por completo a tese da separação entre o direito e a moral, axioma basilar da teoria juspositivista (STRECK, 2013).

Todavia, este discurso importado tem sido abordado distorcidamente por parte da doutrina pátria, sobretudo aquela que assevera a morte do positivismo, sem muito compromisso em discutir se ele realmente é ou não conformável com os ordenamentos jurídicos

¹ Na doutrina estrangeira podemos ver certa semelhança, por exemplo, em Carla Faralli (2006), que dedica todo seu livro com o sugestivo título de *Filosofia Contemporânea do Direito* sem tecer qualquer comentário sobre o positivismo pós-hartiano;

² O termo neoconstitucionalismo não tem um sentido unívoco, mas incorpora diversas posturas teóricas geralmente associadas ao segundo pós-guerra que criticam o positivismo até então dominante, que, “no Brasil acabou por institucionalizar uma recepção acrítica da jurisprudência dos valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy e do ativismo judicial norte-americano” (STRECK, 2013, p. 12);

contemporâneos, se propõe um modelo de jurisdição injusto e ainda se é politicamente indesejado.

Essa confusão se dá muito em razão da antonomásia gerada em torno do próprio termo positivismo jurídico, que em geral é interpretado de modo reducionista como sendo uma corrente que nega a existência da moral no direito e prega uma exame de legalidade cego como condição de validade das normas jurídicas.

Propõe-se, pois, neste estudo, demonstrar que tal conclusão acerca do positivismo jurídico está equivocada, uma vez que ele pode plenamente se adaptar no ambiente neoconstitucional, em que a Constituição é o paradigma para a validade das normas, sendo ele ainda posição filosófica de jusfilósofos das mais diferentes nacionalidades.

Impende ressaltar, neste momento, que não se tem o afã de discutir o mérito do positivismo, mas tão somente se tem a pretensão de expor que ainda existem correntes positivistas hodiernas, a exemplo da de Luigi Ferrajoli, muitas vezes ignoradas – intencionalmente ou não - por boa parte dos juristas brasileiros, que se desenvolveram até com certa profusão após H. L. A. Hart.

Para tanto, o texto abordará o caminho histórico-filosófico do positivismo jurídico desde as suas origens para expor os fundamentos filosóficos do positivismo descritivo, especialmente dos maiores expoentes desta corrente, a saber John Austin, Hans Kelsen e H. L. A. Hart. Feito isto, apresentar-se-á resumidamente a crítica ao positivismo realizada por Ronald Dworkin, para, então, expor que há ainda correntes sobreviventes do positivismo jurídico.

Ao final, sem ter a pretensão de afirmar a superioridade das correntes positivistas sobre as não positivistas, apresenta-se como possibilidade a corrente juspositivista garantista, creditando-se ser essencial aos filósofos do direito brasileiros não apenas reconhecer, mas também criticar racionalmente esta corrente (assim como as demais sobreviventes do positivismo), dando fim ao discurso velado que (não) gira em torno do assunto.

2 ESCLARECIMENTO PRÉVIO: O SIGNIFICADO DO TERMO “POSITIVISMO JURÍDICO”

O termo positivismo jurídico é utilizado com certa prodigalidade e pouca precisão, não parecendo claro que todos atribuem o mesmo significado a este nome. Por isto, pretende-se explicar em abstrato o seu conteúdo, para, em seguida, delimitar o que se chamará de

positivismo jurídico nas próximas linhas, sendo este entendimento pressuposto lógico para a leitura do restante do artigo.

Norberto Bobbio (2006, p. 133-134), em obra clássica sobre o tema, apresenta uma classificação precisa, sob a qual o positivismo pode ser distinguido sob três aspectos, quais sejam: a) como modo de abordar o estudo do direito; b) como teoria do direito; e c) como ideologia do direito.

O primeiro aspecto leva em conta a separação entre Direito e Moral, mais especificamente a diferenciação entre juízo de fato e juízo de valor. O juspositivismo, por pretender ser ciência, propõe uma abordagem avaliativa do direito, na medida em que ele é considerado como um fato social, sendo papel do jurista “estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor” (BOBBIO, 2006, p. 131). Isso implica dizer que a validade do direito, pelo menos *a priori*, é formalista, prescindindo da análise de seu conteúdo, sendo que a “afirmação da validade de uma norma jurídica não implica também na afirmação do seu valor” (BOBBIO, 2006, p. 131).

No que toca ao segundo aspecto, do positivismo como teoria, significa o reconhecimento das seguintes teses: a) teoria do coação, pela qual o direito se caracterizaria pela coatividade; b) teoria da legislação como fonte preeminente do direito; c) teoria imperativista do direito, que considera a norma um comando; d) teoria da coerência e completude, pela qual se nega a existência de lacunas e antinomias; e) teoria da interpretação mecanicista, pela qual a atividade do intérprete é meramente declarativa.

Por fim, como ideologia do direito, o positivismo aparece como uma proposta ética, defendendo a aplicação da teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal, já que com o advento do Estado moderno a lei seria a única fonte do Direito e o Direito estatal-legislativo o único ordenamento normativo.

Os referidos aspectos são independentes entre si, podendo coexistir ou subsistir isoladamente, não sendo necessário que a utilização do termo positivismo jurídico implique numa referência a todos eles, mas, ao contrário, pode-se utilizá-lo para se referir a apenas de um deles. É perfeitamente possível, assim, ser um positivista metodológico sem ser um positivista teórico e/ou ético.

O presente artigo tem como enfoque tão somente a primeira acepção do termo, mas se faz necessário relatar também o seu surgimento e solidificação como teoria do direito no afã de localizar historicamente as críticas a ele empreendidas e a resposta a elas.

3 OS PRECURSORES DO POSITIVISMO JURÍDICO

3.1 O PONTAPÉ: JEREMY BENTHAM

A despeito da ausência de codificação, foi na Inglaterra onde o positivismo jurídico primeiro conseguiu se firmar como teoria jurídica, muito pela influência hobbesiana de respeito aos imperativos emanados pela autoridade. Neste contexto, surge o pensamento de Jeremy Bentham, que viveu entre 1748 e 1832, e ainda no século XVIII começou a pincelar o que seriam as bases desta doutrina.

O referido jusfilósofo teve o mérito de trazer a teoria imperativista para o campo jurídico. Ele definiu como prescrição jurídica aquela decorrente de um comando autoritário imposto pela vontade do soberano a uma determinada comunidade, em contraposição ao sistema da *common law* vigente à sua época, que defendia uma produção eminentemente judiciária do direito.

Bentham dividia a teoria jurídica em duas vertentes, quais sejam a *expository jurisprudence*, responsável por realizar a descrição objetiva do direito positivo tal como ele é, e a *ensorial jurisprudence*, que visa estabelecer as regras jurídicas essenciais a todos ordenamentos jurídicos, de acordo com o princípio da utilidade. Nas palavras do professor Thomas Bustamante (2015, p. 311),

A teoria jurídica “censória” é, como o próprio Bentham expressa, uma “teoria da legislação” que pretende servir de “modelo” para o legislador ao revelar os princípios políticos que mais se coadunam como o princípio da utilidade.

Não obstante o pioneirismo e sua importância para a consolidação do Positivismo Jurídico, ainda não foi com ele que o positivismo meramente descritivo nasceu. Isso porque ele, assim como os jusnaturalistas, baseava-se na possibilidade de estabelecimento de uma ética objetiva, da qual poderia se deduzir os demais comportamentos humanos. Seu único ponto de divergência com estes é que o princípio ético fundamental não deflui na própria natureza humana, mas sim do fato empiricamente comprovado de que o homem busca sempre o que é mais útil para si (BOBBIO, 2006, p. 92).

Some-se a isso o fato de Bentham exaltar a *ensorial jurisprudence*, sendo esta o aspecto mais marcante de sua filosofia jurídica, e, portanto, imprescindível ao projeto político por ele intentado, e que estava por detrás de toda sua teoria jurídica, qual seja o de abolir o

sistema da *common law* na Inglaterra, que ele reputava como sendo irracional, arbitrário e que gerava insegurança jurídica, em prol da codificação (BUSTAMANTE, 2015, p. 311).

Corroborando a posição ora esgrimida, Frederick Schauer (2010, p. 21) afirma que

Bentham's normative agenda was not subsidiary to his conceptual or descriptive program. On the contrary, it was his normative agenda that drove the importance of distinguishing law as it is from law as it ought to be. In terms of motivation – which is of course not the same as logical or conceptual priority – there is little doubt that Bentham's conceptual positivism was developed for normative reasons.

3.2 A CONSOLIDAÇÃO: JOHN AUSTIN

Pode-se dizer que apenas com John Austin³, o mais célebre pupilo de Bentham, o positivismo descrito pode ser levado a cabo, ao abandonar quase que totalmente a *censorial jurisprudence* e o componente ético utilitário como critério racional para propor reformas políticas e criticar a *common law*, na medida que reduziu todo direito ao direito legislativo.

Em Austin ainda se verifica a autoridade como elemento conceitual da disposição jurídica (comando do soberano aos súditos). No entanto, diferentemente de Bentham, seu interesse não era na ciência da legislação e sim na jurisprudência geral, que estudava o direito positivo comum a todos os ordenamentos jurídicos (BOBBIO, 2006, p. 102). Austin, portanto, preocupou-se em criar um sistema jurídico, pautado no seu conceito de soberania, que atribui a obrigatoriedade do direito ao seu caráter sancionador (OLIVEIRA, 2011, p. 27), pouco se importando com o conteúdo deste sistema. E é por esta razão que Bobbio (2006, p. 118) afirma que ele era um jurista técnico e um conservador, enquanto Bentham era um filósofo e um radical.

O objeto de sua teoria jurídica é tão somente o direito positivo puro, ou seja, apenas o direito posto pelo Estado. Daí ressaí o afastamento entre a normatividade e a teoria do direito, tornando-se esta meramente descritiva. É com essas razões que Gianluigi Palombella (2005, p. 122) aduz que

Austin inaugura uma corrente (da chamada *jurisprudence*, teoria do direito) que fará escola na Inglaterra: é a chamada teoria analítica, baseada em critérios lógico-descriptivos com vista à identificação das categorias e dos conceitos jurídicos a que se pode chegar não por meio de dedução racionalista, mas de dedução empírico-factual que possibilite abstraí-los, também como métodos comparativos, dos ordenamentos jurídicos positivos.

³ Para fins de localização temporal, está-se falando aqui já em meados do século XIX, dado que ele publicou um único livro em vida, em 1832, intitulado *The province of jurisprudence determined*, sendo que todo o resto de sua obra foi compilada após sua morte, o que só ocorreu em 1859.

Em outras palavras, só com as ideias difundidas por John Austin o positivismo jurídico passou a ser verificado como uma teoria do direito propriamente dita, na perspectiva apresentada adrede por Norberto Bobbio.

3.3 O ÁPICE: HANS KELSEN

Se Austin inaugurou o positivismo descritivo, foi apenas com a teoria pura do jurista austríaco Hans Kelsen que o positivismo descritivo chegou ao seu cume, a partir da plena separação entre o conhecimento jurídico e do conhecimento não jurídico, intentando fazer do Direito uma ciência. Para tanto, ele credita à chamada norma fundamental a legitimidade de todo o sistema jurídico, sendo que todas as prescrições jurídicas têm nela sua origem comum, sendo a fonte autorizadora de criação do Direito.

A norma fundamental é o ponto fulcral da teoria kelseniana na medida que, além de conferir a unidade e fomentar a completude do ordenamento jurídico, ela fundamenta a própria normatividade do direito. Isto é, diferentemente do que pregava Austin, para Kelsen (2003, p. 215) uma disposição normativa não deriva sua existência de sua facticidade. Para ele uma norma é válida porque sua produção foi autorizada pela norma fundamental e não por ter sido produzida pelo soberano (legislador).

Dito de outro modo, em Kelsen, a descrição do objeto de estudo - o Direito - é o cerne da sua teoria, de modo que seu isolamento deve ser absoluto. A tese da fonte do direito, assim como a da separabilidade entre Direito e moral, não é resultado de uma abordagem interpretativa ou construtiva, nem tampouco como uma opção motivada por ideais políticos ou uma ética objetiva fundante (BUSTAMANTE, 2015, p. 314).

3.4 O DECLÍNIO: H. L. A. HART

A partir da breve exposição sobre as teorias de Kelsen e de Austin, percebe-se uma aproximação clara entre ambas: as duas consideram a gênese das disposições jurídicas como traço distintivo do que tenha conteúdo jurídico e, conseqüentemente, do que seja Direito, com a diferença que Austin reconhece a identidade do Direito a partir de ordens imperativas de um soberano ao passo que Kelsen substitui a ideia de soberano pela de norma fundamental.

Herbert Lionel Adolphus Hart, no seu livro de 1961 “O conceito de direito”, destacou-se por criticar a teoria imperativista (presente em Austin e Bentham), bem como a

vagueza da fonte legitimadora do direito kelseniana, transferindo a problemática da interpretação judicial da mera subsunção para a discricionariedade do juiz, descartando quase que por completo o elemento da coerção para dar espaço ao que o jurista chama de ponto de visto interno.

Para Hart a legitimidade⁴ do sistema jurídico se encontra em um momento prévio à criação das normas jurídicas, quando os indivíduos que integram dada sociedade reconhecem e acordam, mediante o recurso a costumes, a autoridade das disposições normativas (COLEMAN, 2001, p. 115). Esta autorização costumeira é, portanto, concedida pelos próprios destinatários das normas jurídicas e legitima todo o ordenamento jurídico. Ele deu a ela o nome de regra de reconhecimento.

Em outras palavras, a teoria hartiana prega que a normatividade é decorrente da aceitabilidade por parte da comunidade jurídica, que convencionam os aspectos de validade para uma norma ser considerada jurídica. A regra de reconhecimento é, assim, uma prática, um costume, que pode ser observada e reconhecida.

Daí ressaí clara a diferença entre a sua teoria e a dos seus predecessores. Com Austin e Bentham a divergência se dá no critério de validade do Direito, já que estes têm como pressuposto a obediência dos súditos aos comandos emanados pelo soberano enquanto Hart fundamenta na sobredita regra de reconhecimento, ao passo que a diferença com Kelsen é que este pressupõe a existência da norma fundamental, enquanto para Hart a regra de reconhecimento pode ser empiricamente verificável.

Pode-se afirmar que Hart acata as teses basilares do positivismo da separação entre direito e moral⁵ e das fontes sociais⁶. No entanto, ele deu um novo aporte ao positivismo ao desenvolver a diferenciação entre ponto de vista externo e interno.

Conforme defendido pelo autor, é possível que as regras de um sistema normativo sejam analisadas sob dois aspectos, um externo e um interno. Aquele diz respeito à situação em que determinado indivíduo é um mero observador externo de determinado sistema jurídico,

⁴ Com a instituição da regra de reconhecimento, Hart intenta, ainda que de modo incipiente, formar uma teoria do direito que seja comprometida com as questões relativas à legitimidade da decisão tomada nos diversos níveis do poder estatal (Legislativo, Executivo ou Judicial), o que não estava presente nas teorias positivistas de então como aponta Lênio Streck (2013, p. 16);

⁵ O posicionamento do autor fica muito evidente quando da leitura do seu livro “O conceito de direito”, no qual ele considera o positivismo jurídico “com o significado da afirmação simples de que não é em sentido algum uma verdade necessária que as leis reproduzam os satisfaçam certas exigências da moral, embora de fato o tenham frequentemente feito” (HART, 1994, p.202);

⁶ Tanto é assim que Scott J. Shapiro (2007, p. 6) assevera que Dworkin credita a Hart o conhecimento do direito não pelo seu conteúdo, mas pela sua origem: “The law of a community can be identified and distinguished by specific criteria, by tests having to do not with their content but with their pedigree or the manner in which they were adopted or developed”;

portanto, ele próprio não participa daquele sistema como tampouco aceita as regras dele. Um exemplo dado pelo próprio Hart (1994, 114) de uma situação de ponto de vista externo é a afirmação “Na Inglaterra reconhecem como Direito...”. Neste caso há um “observador que registra *ab extra* o facto de que um grupo social aceita tais regras” (HART, 1994, 114). O exemplo é uma afirmação externa, logo manifestando o ponto de vista externo, pois expressa uma “linguagem natural de um observador externo ao sistema que, sem aceitar ele próprio a regra de reconhecimento desse sistema, enuncia o facto de que outros a aceitam” (HART, 1994, 114).

A seu turno, o ponto de vista interno é verificado quando o indivíduo ou as instituições - especialmente o Poder Judiciário – usam as regras do sistema, manifestando sua aceitação por elas. Neste caso, o exemplo dado por Hart (1994, 114) é a expressão “O direito dispõe que...”. Esta última afirmação é chamada interna, manifestando o ponto de vista interno, porque “é naturalmente usada por quem, aceitando a regra de reconhecimento e sem declarar o facto de que é aceite, aplica a regra, ao reconhecer uma qualquer regra do sistema como válida (HART, 1994, 114).

Em suma, Hart apresenta também a possibilidade de uma norma só ser considerada válida se assim for reconhecida por seus aplicadores, promovendo uma virada para o ponto de vista interno, incorrendo, caso assim tratada, na impossibilidade de reconhecer como válido o Direito descrito por um observador externo como propõem Austin e Kelsen⁷. Com o ponto de vista interno Hart

convida a formular perguntas que estavam proscritas pelo rigorismo metodológico do positivismo descritivo, como a questão de se saber quando uma decisão que possa ser inferida das fontes do direito é “racional” ou razoável, ou quando se pode dizer que uma decisão está corretamente fundamentada. Como explica novamente MacCormick, essas perguntas são diuturnamente formuladas pelos juízes e demais operadores do direito que o manejam do ponto de vista interno, fazendo parte do leque de indagações que esses participantes do discurso jurídico naturalmente levantam em sua atividade prática. (BUSTAMANTE, 2015, p. 317)

Noutro pórtico, não se pode olvidar do posicionamento de Hart em relação à discricionariedade do intérprete, já que ao mesmo tempo constitui um afastamento com relação aos positivistas que lhe antecederam e também é um ponto colidente entre ele e Dworkin. Para Hart (1994, p. 335)

⁷ A reviravolta para o ponto de vista interno pode ser considerada “um primeiro passo para a autodestruição do positivismo descritivo, já que ela exige que o direito seja compreendido por meio de um tipo de pensamento que vai muito além das ambições “descritivistas” ou puramente “conceituais” de autores como Austin, Kelsen e o próprio Hart” (BUSTAMANTE, 2015, p. 316);

em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. [...] Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito.

Para ele o juiz, nos chamados *hard cases* exerce sua discricionariedade para criar o Direito no caso concreto. Este reconhecimento da incompletude e da parcial indeterminabilidade do sistema jurídico e a consequente opção pela discricionariedade supõe o abandono do positivismo jurídico de Austin e Kelsen.

Do exposto, pode-se afirmar que ao buscar uma compatibilização da normatividade com o caráter empírico do dever, por meio do recurso ao ponto de vista interno, e a liberação da discricionariedade do juiz, Hart enfraquece a teoria positivista meramente descritiva e, igualmente, afasta-se da concepção positivista de uma teoria do direito, no modelo da divisão de Bobbio.

Em razão do ponto de vista interno, há quem proponha, inclusive, uma releitura do trabalho hartiano numa perspectiva não puramente descritiva, mas sim ética-normativa, sendo fonte de inspiração para filosofias jurídicas prescritivas atuais de um tom positivista que apresentam uma abordagem mais crítica para o Direito do que as versões descritivo-analíticas (CAMPBELL, 2011, p. 31), como veremos mais adiante.

O que é inegável é que a virada para o ponto de vista interno, que deu um certo caráter hermenêutico ao Direito, possibilitou a crítica de Dworkin ao positivismo, especificamente à teoria de Hart, o que será abordado no próximo tópico.

4 O SUPOSTO FIM DO POSITIVISMO

Em razão do suporte apenas a um sistema fechado de regras, o positivismo jurídico descritivo (como modo de abordar e como teoria do direito) passou a receber severas críticas, especialmente por propiciar decisões judiciais tão somente ancoradas numa razão instrumental, sem se preocupar com a sua legitimidade e/ou pretensão de correção. Deste modo, ele não privilegia a fundamentação racional do conteúdo da norma, já que esta se legitimaria pelo mero procedimento interno, pela gênese do direito (validade) - seja pela autoridade em Austin, pela norma fundamental de Kelsen ou pela regra de reconhecimento de Hart. Nos *hard cases*, por exemplo, não se teria uma fundamentação correta, o que faz Hart chegar a conclusão pela possibilidade decisionista de que o juiz pode decidir ao seu livre arbítrio caso o direito não seja suficiente para determinar o estado de coisas.

Ronald Dworkin é, provavelmente, o jusfilósofo que mais se destacou na crítica ao positivismo jurídico convencional⁸. Sem querer se imiscuir profundamente na obra deste autor, pretende-se apenas pincelar sobre sua crítica ao positivismo, em razão de sua notória popularização, inclusive no Brasil.

De início, impende destacar as três principais teses que, para Dworkin, caracteriza o positivismo, quais sejam: a) O direito de determinada comunidade pode ser identificada e distinguida por um critério específico, por meio de testes que não dizem respeito ao seu conteúdo, mas pela sua gênese e a maneira que elas foram adotadas e desenvolvidas; b) O conjunto das regras válidas é exaustivo, de modo que, nos casos em que não houver regra específica para decisão (*hard cases*), não podendo ser decidido por mera aplicação da lei, o juiz deve decidir conforme sua discricionariedade; c) dizer que alguém tem uma obrigação legal é dizer que o caso dele se encaixa em uma hipótese legal que o obriga a fazer ou não fazer algo (SHAPIRO, 2007, p. 6-7).

A estas teses positivistas é que Dworkin vai lançar suas críticas no seu livro “Levando os direitos a sério”, em que argumenta a não plausibilidade da discricionariedade na medida em que ignora os muitos casos de aporia e de lacunas. Para ele, o positivismo jurídico é um “modelo de e para um sistema de regras” (DWORKIN, 2002, p. 36) e, como tal, deve ser rejeitado, já que é imprestável para explicar a existência dos princípios. Os princípios são espécies normativas utilizada na argumentação das decisões judiciais, especialmente nos *hard cases*, e não funcionam sob a lógica do tudo ou nada, como as regras, de modo que os conflitos entre princípios será resolvido pelo recurso ao sopesamento, em que se verifica qual princípio é mais importante no caso concreto (DWORKIN, 2002, p. 39-42).

Para Dworkin (2002, p. 46), os princípios são uma realidade e “estão por toda a parte, à nossa volta”. Eles tornam falsa a tese positivista do Pedigree, ou seja, de que a validade das espécies normativas depende apenas da sua origem, uma vez que os princípios dependem, eventualmente, do seu conteúdo. Em outras palavras, na medida em que para o positivismo a gênese é bastante para tornar uma norma legal, ele não pode explicar a existência de princípios cujo reconhecimento legal pressupõe a percepção moral.

⁸ É essencial memorar que muitas outras escolas legais não compactuam com os dogmas do positivismo jurídico analítico, tais como o realismo jurídico e a hermenêutica jurídica. Nada obstante, a crítica de Dworkin se popularizou mundialmente pelo seu debate com Hart, firmando bases para o chamado pós-positivismo, especialmente pela sua separação de regra e princípio, que ganhou muitos adeptos no Brasil. O próprio autor chegou a afirmar que sua tese é “um ataque geral contra o positivismo” (DWORKIN, 2002, p. 35);

Por essa linha de raciocínio, a tese positivista do pedigree deve ser rejeitada por duas razões. Em primeiro lugar, os princípios jurídicos são, por vezes, cogentes simplesmente por causa de suas propriedades morais intrínsecas e não por causa de sua positivação. Em segundo lugar, mesmo quando esses princípios são positivados, não é possível formular uma regra estável extraída de um princípio com base apenas no fato de ser institucionalizado (SHAPIRO, 2007, p. 14).

A existência dos princípios resolve também o problema da discricionariedade deixada por Hart, na medida em que eles guiam e restringem o aplicador do direito quando estão diante dos hard cases e de situações de ausência de regras claramente aplicáveis.

Não é que Dworkin (2002, p. 50-51) negue a existência da discricionariedade quando do julgamento, mas, para ele, a discricionariedade válida é apenas a assim chamada discricionariedade fraca, na qual os julgadores devem exercer seu poder discricionário balizado pelas normas legais. Desse modo, aos juízes é vedado que ele vá além da lei, aplicando normas extralegais para resolver o caso. Refutando ambas, a discricionariedade e a tese genética do direito válido, Dworkin conclui pela rejeição do positivismo jurídico como uma teoria adequada da lei.

Em suma, pode-se afirmar que a dissonância de Dworkin em relação ao positivismo descritivo reside no fato de que para ele as decisões judiciais não podem ser legitimadas apenas formalmente pelo procedimento, mas sim pelo seu conteúdo, devendo ir além do recurso à validade. Assim, ele argumenta que o direito positivo assimilou conteúdo morais, sem, contudo, com eles se confundir. A absorção desses elementos morais se daria pela sua positivação em princípios, que seriam espécies normativas diferentes das regras, sendo que estas obedecem apenas à lógica do tudo ou nada, e possibilitariam uma fundamentação racional da decisão judicial, o que afastaria a discricionariedade do juiz.

O cenário de crise do positivismo jurídico foi intensificado quando as críticas contundentes de Dworkin se somaram à doutrina que prega a incompatibilidade do Positivismo Jurídico com o Estado Constitucional democrático contemporâneo pós-segunda guerra mundial, modelo este que promoveu uma reviravolta conteudística no Direito, abandonando a ideia de Estado – meramente - de Direito que tinha como princípio maior o da legalidade e possibilitara então a instalação de regimes totalitários em diversos países da Europa.

Fato é que aconteceu um movimento de trânsito do Estado de Direito formal para a formação de Estados constitucionalmente mais democráticos, eclodindo com a promulgação de novas constituições (por exemplo, a da França em 1946, Itália em 1947 e Alemanha em 1949),

mais comprometidas com direitos fundamentais e valores democráticos, buscando “fazer democracia a partir do e pelo direito” (STRECK, 2013, p. 18). Este período ficou conhecido como neoconstitucionalismo.

No Brasil, uma parte da doutrina chegou a afirmar que o neoconstitucionalismo tem, necessariamente, como “marco filosófico” o pós-positivismo, este entendido como uma superação do positivismo jurídico (BARROSO, 2006, p. 19). Ocorre que essas vozes se baseiam no erro epistemológico, intencional ou não, de tentar uma aproximação umbilical entre neoconstitucionalismo e pós-positivismo. Ora, tais conceitos não são sinónimos, nem tampouco é este a principal característica daquele (STRECK, 2013, p. 21). É inegável que no novo constitucionalismo valores morais foram incorporados nas cartas magnas, como na brasileira de 1988, que, decerto, tem conteúdo axiológico bem maior do que na versão liberal de 1824. Isto é um fato histórico, empiricamente verificável que, pelo menos a princípio, não fere de morte o positivismo jurídico.

O neoconstitucionalismo, na verdade, pode ser visto sob diferentes enfoques, a depender da matriz teórica do autor que trata do assunto (STRECK, 2013, p. 20). Ou seja, teorias de direito muito diversas entre si podem ser rotuladas como neoconstitucionalistas, inclusive defensoras do positivismo jurídico, mas não somente as antipositivistas ou pós-positivistas, como a precitada teoria de Ronald Dworkin.

5 A RESPOSTA DE HART

A imprecisão epistemológica relatada acerca do termo neoconstitucionalismo redundou em um descomprometimento de parte da doutrina brasileira com o que restou do positivismo jurídico no período neoconstitucionalista. É inegável, nesta toada, a contraofensiva hartiana às críticas de Dworkin contida no célebre posfácio de sua obra “O conceito de Direito”, publicado postumamente em 1994.

Em resposta às críticas, Hart enfatiza a utilidade do positivismo a partir de uma teoria descritiva, sem negar que, em algum momento, ela se ocupe dos elementos valorativos ou do ponto de vista interno. Para ele “uma descrição pode ainda continuar a ser uma descrição, mesmo quando o que é descrito constitui uma avaliação” (HART, 1994, p. 306).

Assim, Hart (1994, p. 330) mantém sua tese principal da separação entre direito e moral, sustentando que, malgrado possa haver entre eles pontos de convergência, não existe nenhuma conexão conceitual necessária, podendo haver uma norma válida que seja moralmente

indesejável. Isso valeria também para a teoria dworkiana, já que não há garantias que os princípios eleitos pelo ordenamento sejam todos corretos, não havendo, assim, ligação obrigatória entre os princípios e a moral. Com isso, ele refuta a aceitabilidade moral da teoria principiológica, uma vez que um sistema de princípios pode ser mais imoral que um direito fundado em regras, a depender dos princípios eleitos.

Para que uma norma seja válida ela independe do seu conteúdo. Ou seja, o critério de identificação do direito pode ser moralmente neutro, embora não tenha que sê-lo. Pode ocorrer de a própria regra de reconhecimento de um sistema jurídica determine que só é válida a norma moralmente aceitável. Tal fato é bem exposto quando Hart (1994, p. 332) afirma que segundo a sua teoria

a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por referência as fontes sociais do direito (por exemplo, legislação, decisões judiciais e costumes sociais), sem referência a moral, excepto quando o direito assim identificado tenha, ele próprio, incorporado critérios morais para a identificação do direito.

Com tal assertiva, Hart (1994, p. 312) se assume um positivista moderado, dando cabo aos questionamentos acerca da separabilidade entre direito e moral e, ao mesmo tempo, em relação à tese do pedigree (fontes sociais). Isso porque ele reconhece que pode haver princípios morais e valores substantivos como critérios de identificação do direito em determinado ordenamento, desde que estejam incorporados expressamente na regra de reconhecimento como condição de validade das normas.

O posfácio, além de ter demonstrado a possibilidade de sobrevivência do positivismo (ao menos na primeira acepção do termo, segundo a precitada subdivisão feita por Bobbio), influenciou filósofos do direito dos mais variados países a advogarem diferentes teses positivistas⁹. Sendo assim, pretende-se a seguir apresentar sinteticamente uma das versões sobreviventes do positivismo pós debate Hart/Dworkin.¹⁰, qual seja o juspositivismo garantista, apresentando-o como possibilidade filosófica no período neoconstitucional.

6 O JUSPOSITIVISMO GARANTISTA COMO POSSIBILIDADE DE MODELO DE SISTEMA JURÍDICO NO PERÍODO NEOCONSTITUCIONAL

⁹ Anthony J. Sebok (1998, 267-268) cunhou o termo “neopositivismo” para todas as correntes filosóficas que pretendem responder as críticas de Dworkin, e continuam a defender o positivismo no período neoconstitucional;

¹⁰ Pode-se separar o positivismo jurídico contemporâneo em pelo menos três versões, quais sejam o positivismo inclusivo, o positivismo exclusivo e o positivismo normativo. Para uma discussão mais aprofundada a respeito destas três versões, sugere-se a leitura dos seguintes autores: SEBOK, 1998; BUSTAMANTE, 2015; CAMPBELL, 2011. Estes trabalhos apresentam, em certa medida, a reconstrução deste debate, principais argumentos e propostas.

Reconhecendo a incorporação axiológica no Direito, ocorrida por meio da positivação de valores em normas constitucionais, o juspositivismo garantista não apenas acredita na sobrevivência do positivismo, mas advoga que o período do neoconstitucionalismo propiciou sua expansão e aperfeiçoamento (FERRAJOLI, 2012, p. 12).

Esta corrente, também chamada constitucionalismo garantista, reconhece, portanto, uma mudança de paradigma para reconhecer que o direito positivado não é composto unicamente por normas meramente formais, mas também de componentes materiais, que além de descrever o direito, determinam um dever ser (FERRAJOLI, 2012, p. 20).

Neste modelo só se reconhece como direito o conjunto de normas postas e produzidas por quem está habilitado, independente do seu conteúdo e de sua eventual justiça/injustiça, defendendo uma normatividade forte (FERRAJOLI, 2012, p. 17). Não obstante, conforme explicado por Luigi Ferrajoli (2012, p. 20-21), a condição de validade de todas as normas passa por um exame de compatibilidade com as normas constitucionais, sendo estas vinculantes e inderrogáveis.

O garantismo propõe, assim, um modelo de sistema jurídico caracterizado pela positivação dos princípios, concebendo um sistema de limite imposto por uma Constituição rígida a todos os poderes do Estado, e garantidos pelo controle de constitucionalidade, em perfeita sintonia com uma democracia constitucional.

Embora separe rigidamente direito e moral, o grande avanço do positivismo garantista em relação ao positivismo primitivo, é o reconhecimento de uma dimensão subjetiva ao direito, em especial ao direito constitucional, de modo que permitiu a democratização do seu conteúdo, por meio da positivação dos princípios ético-políticos na Constituição, obrigando o direito à observância do direito constitucional, que é o direito de todos os cidadãos (FERRAJOLI, 2012, p. 23-24).

Ele tem uma ideia de normativa forte com base constitucional, pois só a rígida disciplina do positivismo pode dar condições a uma democracia respeitada, garantindo sua estabilidade, inclusive dos princípios constitucionais. Ou seja, o positivismo garantista transmudou a ideia de legalidade infraconstitucional para a de legalidade constitucional. O garantismo reconhece que

Ao lado do Estado Democrático, a legalidade, simbolizada no estado de direito, quando àquele se conecta, é muito maior do que um estado de contenção ou de obediência à lei, por envolver, no exercício das diversas funções do Estado e nas

relações jurídicas entre particulares, a depuração normativa, em face dos cânones constitucionais (BONIFÁCIO, 2009, p. 215)

Percebe-se, assim, que o positivismo garantista se adequa perfeitamente ao Estado democrático de direito do período neoconstitucional, na medida que diferencia hierarquicamente as normas constitucionais e ordinárias, tendo como ilegítimo e inválido aquela ação que não observa os direitos constitucionalmente estabelecidos. Comporta, pois, uma normatividade forte das constituições rígidas que devem ser levadas a sério.

7 CONCLUSÕES

O positivismo jurídico foi a filosofia do direito dominante desde o século XIX, a partir da difusão das ideias de Bentham, vindo a se consolidar com os escritos de Austin, hegemonia que perdurou até pelo menos a metade do século XX, após atingir seu cume na teoria pura kelseniana.

A partir de então emergiram em seu desfavor duras críticas doutrinárias, especialmente relacionadas ao seu modo de abordar o direito como fato social, cuja validade prescinde de exames contenciosos, o que criaria, em tese, uma barreira conceitual entre direito e moral.

Além da crítica teórica, no período pós-segunda guerra mundial imputaram ao positivismo a responsabilidade por propiciar a instalação de regimes de cunho totalitaristas, que fundamentavam sua legitimidade no legalismo exacerbado, sem qualquer preocupação axiológica, o que enfraqueceu sua conveniência política.

No entanto, a partir da obra “O conceito de direito” de Herbert L. A. Hart houve uma reviravolta na filosofia juspositivista, notadamente pela formulação do conceito de ponto de vista interno, segundo o qual a validade do direito é verificada diretamente por quem o aplica na prática, ou seja, por aqueles sujeitos que estão vivendo o direito, criando uma alternativa à visão até então predominante na qual o direito é descrito por um espectador fora do sistema. Com isso, Hart deu ares mais hermenêuticos ao direito, abrindo caminho, inclusive, às críticas a ele direcionadas.

Ronald Dworkin, conforme exposto, responsável por muitas delas, faz pelo menos três críticas contundentes a ele: a primeira é contra a tese do pedigree, de que a lei pode ser identificada pela maneira de sua criação (autoridade) e não pelo seu conteúdo; a segunda diz respeito a hipótese de discricionariedade do juiz em casos que não haja lei possível a ser

aplicada; e, por fim, ataca a tese da obrigação, segundo a qual um indivíduo só tem uma obrigação legal quando assim o diga uma regra.

Viu-se que, para Dworkin, a validade das normas não se resume a uma questão de pedigree, mas também a uma análise substancial, de modo que o procedimento, por si só, não identifica o que é o direito. Ele afirma que o ordenamento jurídico se imiscuiu de valores e conteúdos morais, positivados sob a forma de princípios, espécie normativa diferente das regras.

Fato é que, a partir de então, popularizaram-se as correntes antipositivistas (pós-positivistas), o que coincidiu, historicamente, com o período denominado de neoconstitucionalismo (novo constitucionalismo), movimento jurídico-político surgido no pós-segunda guerra que propugna a revalorização e fortalecimento da Constituição, apontando para uma formação de uma nova cultura jurídica voltada para a efetivação dos direitos fundamentais.

Costuma-se no Brasil, até com certa assiduidade, incorrer na imprecisão semântica de afirmar que o antipositivismo (pós-positivismo) é sinônimo de neoconstitucionalismo, ou que aquele é a única base filosófica deste. Ocorre que, como demonstrado no presente trabalho, a oposição entre neoconstitucionalismo e positivismo jurídico é totalmente equivocada, tendo esta filosofia do direito sobrevivido no neoconstitucionalismo.

Ou seja, há duas formas de se conceber no novo paradigma neoconstitucional, sobre cujas bases se apresentam as mais diferentes teorias do Direito: de um lado, o pós-positivismo/antipositivismo, que visa à superação do positivismo; de outro, o neopositivismo, que ainda, de alguma maneira, aposta no positivismo.

Aliás, não é difícil ver que o neopositivismo é realidade, já que se propagou com difusão nos mais variados países após as críticas de Dworkin a Hart, especialmente após os anos 70, consolidando-se ainda com mais rigidez com a publicação do posfácio de “O conceito do direito”, em 1994.

O juspositivismo garantista é uma das correntes que apontam para a sobrevivência do positivismo, por meio de uma reformulação ou aperfeiçoamento do positivismo primitivo, a partir de uma mudança de paradigma de legalidade do estado de direito para a legalidade constitucional. Inobstante separar conceitualmente direito de moral, ele reconhece a incorporação de componentes ético-políticos nas constituições, e que serviram de critério para análise da validade das demais normas. Ou seja, o exame de validade não será meramente formal, mas também material.

É de se concluir, portanto, que o juspositivismo ainda vive, sendo essencial que correntes como a garantista estejam presentes no debate jurídico brasileiro dada a plena possibilidade de sua adoção como filosofia do direito e sua importância na compreensão das práticas jurídicas hodiernas. Qualquer oposição a ele carece de uma crítica aprofundada, bem mais elaborada do que a falácia sobre sua superação que parte da doutrina brasileira adotou como truísmo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Revista da ESMEC: Themis, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://portais.tjce.jus.br/esmec/wp-content/uploads/2008/10/themis_v4_n_2.pdf>. Acesso em: 01 de ago. 2016.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. Normatividade e concretização: a legalidade constitucional. In: **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**. MOURA, Lenice S. Moreira (Org.). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 209-226.

BUSTAMANTE, Thomas. **A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart?**. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, v. 20, n. 1, p. 307-327, jan./abr. 2015. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7204/4100>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

CAMPBELL, Tom. **Rewriting Hart's Postscript: Thoughts on the development on the legal positivism**. Revista Problema: Anuario de filosofia y teoria del derecho. n. 5, p. 23-52, out. 2011. Disponível em: <<http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/view/8108/10055>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

COLEMAN, Jules. Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis. In: **Hart's Postscript: Essays on the postscript to the concept of the law**. COLEMAN, Jules (Org.). Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 99-147.

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

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. Tradução de Candice Premaor Gullo; Revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. In: **Un debate sobre el constitucionalismo**. FERRAJOLI, Luigi (Org.). Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 11-68.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Frederico Delage Junqueira de. **Identidade do Direito, Individualização de Disposições Jurídicas e o Caráter Peremptório das Razões para a Ação**. 2011; 161 f. Tese (doutorado em Direito) – Departamento de Direito da PUC. Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. Tradução de Ivone C. Benedetti; Revisão técnica de Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SCHAUER, Frederick, **Positivism before Hart**. University of Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper Series, n. 01, p. 1-34, jan. 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1512646>. Acesso em: 21 jul. 2016.

SEBOK, Anthony. **Legal positivism in American Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

SHAPIRO, Scott J. **The “Hart-Dworkin” debate**: a short guide for the perplexed. University of Michigan public law working paper, n. 77, p. 1-55, mar. 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657>. Acesso em: 25 jul. 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **O constitucionalismo no Brasil e a necessidade da insurgência do novo**: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, Florianópolis, v. 1, n. 01, p. 11-28, dez. 2013. Disponível em: <<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/23/27>>. Acesso em: 20 jun. 2016.