

# **III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO,  
DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURÍDICO**

**KARYNA BATISTA SPOSATO**

**ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA**

**LUCAS CATIB DE LAURENTIIS**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

#### **Representante Discente:**

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

#### **Secretarias**

#### **Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

#### **Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

#### **Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

---

T314

Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line]  
organização CONPEDI

Coordenadores: Karyna Batista Sposato; Lucas Catib De laurentiis; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis:  
CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-296-5

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Argumentação. 3. Realismo. III Encontro  
Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURÍDICO

---

### **Apresentação**

Os textos aqui reunidos foram apresentados no Grupo de trabalho “Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo jurídico”, atividade que integrou o III Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Conpedi). Os trabalhos tratam questões como positivismo jurídico, interpretação, ativismo judicial, direito à saúde, educação, teoria da ponderação e dos princípios. A grande variedade de temas e a multiplicidade de pontos de vista e abordagens demonstram a importância científica e a relevância deste evento. Os debates e apresentações foram extremamente ricos e importantes para o desenvolvimento de novas ideias e perspectivas para as teorias da justiça e o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Tudo isso vem reforçar a riqueza dos Encontros organizados pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, atividade que congrega professores, pesquisadores e estudantes de todas as regiões do país. Em seu novo formato digital, o Encontro do Conpedi já está consolidado como um espaço genuíno de desenvolvimento da ciência jurídica brasileira com base em debates de alto nível e excelência acadêmica. Em tempos de Pandemia e de extremismos políticos, esta iniciativa mostra ter extrema relevância científica e política para o direito e a sociedade brasileira.

Desejamos a todos a uma excelente leitura!

Prof. Dra. Karyna Batista Sposato

Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS)

Prof. Dr. Lucas Catib de Laurentiis

Professor e coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas)

Prof. Dr. Rogério Luiz Nery da Silva

Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da  
Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)

## POSITIVISMO JURÍDICO: PREMISSAS E ILUSÕES

## LEGAL POSITIVISM: PREMISES AND ILLUSIONS

**Angela Aparecida Oliveira Sousa <sup>1</sup>**  
**Léia Fernanda De Souza Ritti Ricci <sup>2</sup>**  
**Samyra Haydê Dal Farra Napolini <sup>3</sup>**

### **Resumo**

O positivismo jurídico é foco de inúmeras discussões no âmbito do direito, gerando inúmeras possibilidades para discussão. Este estudo visa discorrer de forma reflexiva acerca das características principais do positivismo jurídico, vislumbrando suas premissas e ilusões. Observou-se que o Positivismo Jurídico, enquanto hipótese cercada de paradigmas que se estendeu por anos no âmbito jurídico, atualmente se encontra em crise. Por fim, após a reflexão direcionada por esse estudo, acredita-se na importância dos juristas na construção de um novo modelo que liberte docentes e discentes das prisões de verdades acabadas, livres de conformismo.

**Palavras-chave:** Positivismo jurídico, Hans kelsen, Teoria pura do direito, Pós-positivismo, Direitos fundamentais

### **Abstract/Resumen/Résumé**

Legal positivism is a focus of success in the field of law, generating possibilities for discussion. This study aims to discuss in a reflexive way about the main characteristics of legal positivism, envisioning its premises and illusions. It was observed that Legal Positivism, as a hypothesis surrounded by paradigms that extended for years in the scope, is currently in a legal crisis. Finally, after the reflection directed by this study, we believe in the importance of jurists in the construction of a new model that frees teachers and students from prisons of finished truths, free from conformism.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Legal positivism, Hans kelsen, Pure theory does it right, Post-positivism, Fundamental rights

---

<sup>1</sup> Oficial de Registro de Imóveis. Mestre em Direito Econômico. Doutoranda em Direito Econômico. Doutoranda em Ciências Jurídicas. Mestranda em Direito Digital.

<sup>2</sup> Tabeliã de Notas e Registradora Civil. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Especialista em Direito Notarial e Registral. Mestranda em Direito Digital.

<sup>3</sup> Doutora em Direito PUC/SP. Coordenadora e Professora do Mestrado em Direito na Era Digital do UNIVEM e Professora do Mestrado em Direito na Sociedade da Informação da FMU

## INTRODUÇÃO

A Teoria Pura do Direito, uma das principais obras de Hans Kelsen, conhecido como um dos maiores juristas do século XXI, apresentou ideias revolucionárias e muitas questionadas até os dias atuais.

Kelsen acreditava que o último estágio do conhecimento humano era o científico e que os demais conhecimentos tinham a tendência de desaparecer. Por isso, ele separa o direito da moral: para estudar o direito livre de interferência, chegando ao objeto de estudo chamado norma jurídica.

Na sociedade atual, existe uma necessidade iminente de se conhecer as características e limites do positivismo jurídico. Portanto, o intuito deste artigo é abordar os contributos teóricos da corrente do positivismo jurídico.

Mediante o exposto, e levando em consideração o contexto atual da sociedade, este estudo visa discorrer de forma reflexiva acerca das características principais do positivismo jurídico, vislumbrando suas premissas e ilusões.

A presente pesquisa trata-se de uma revisão analítica da literatura, baseada em metodologia dedutiva e norteada pelo referencial teórico de Hans Kelsen e a Teoria Pura do Direito. A fim de estabelecer uma discussão qualitativa, buscou-se estudos relacionados ao tema por meios eletrônicos, através da aplicação das seguintes palavras-chave: “Positivismo jurídico”, “Hans Kelsen”, “teoria pura do direito”, “pós-positivismo” e “direitos fundamentais”. Para fins conceituais, utilizou-se ainda da análise de livros com assuntos relacionados ao tema.

Após o levantamento do material de estudo, realizou-se a análise minuciosa dos respectivos conteúdos a fim de se redigir o texto deste estudo de forma concisa. Buscou-se identificar os trabalhos científicos relevantes sobre o tema.

De forma sucinta, o objetivo de uma revisão de literatura é atualizar e integrar conhecimentos, incluindo a visão de diversos autores que se afirmam ou se contradizem em suas hipóteses (GRESSLER, 2004).

Em suma, esta pesquisa de natureza bibliográfica respaldou-se na leitura e análise da doutrina sobre o assunto.

## 1.O Positivismo Jurídico

O termo “positivismo jurídico” já foi utilizado, conforme demonstra Tércio Sampaio Ferraz Júnior, como um “positivismo prático-jurídico”, como “sociológico-pragmático”, como “teórico-filosófico”, correspondentes à antítese dos diversos direitos naturais. (1980, p. 21)

Aliás, a forma mais comum de se definir o positivismo jurídico tem sido a de contrapô-lo ao direito natural, identificando-o pela sua recusa a aceitar um outro direito, inspirado na natureza, em Deus, ou na razão. Neste sentido esclarece Norberto Bobbio que “o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o direito positivo” (1979, p. 19)

Movido pelo ideal cientificista moderno que estava tomando conta das ciências sociais, após a bem sucedida experiência nas ciências naturais, o positivismo jurídico surge da busca em transformar a teoria jurídica “numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das físico-matemáticas, naturais e sociais” rompendo com o racionalismo dedutivo do Direito Natural e o romantismo da Escola Histórica. (BOBBIO, 1995, p.135)

A busca de elaboração de uma ciência nestes moldes para o estudo do Direito resultou na configuração de várias tendências que dominaram o século XIX e transformaram a Ciência Jurídica ora em teoria psicológica do Direito, ora em teoria sociológica do Direito e ora em dogmática jurídica como ciência positiva da norma (FERRAZ Jr, 1980, p. 32). Porém, apesar destas três teorias positivistas serem entre si muito diversas, concordam “em considerar o Direito exclusivamente como positivo e em rejeitar, ao invés, como não científica, toda questão sobre um fundamento supra-positivo do Direito – sobre um Direito natural, ou sobre a idéia de Direito como um sentido material a priori de todo o Direito.” (LARENZ, 1983, p. 42)

O positivismo jurídico, a partir de KELSEN, conforme será visto no próximo item, transformou-se no chamado positivismo legal, com a “autolimitação da Ciência do Direito ao estudo da lei positiva e o estabelecimento da tese da estatalidade do Direito.” (FERRAZ Jr, 1980, p. 32)

Pesquisadores do positivismo jurídico apontam em seus estudos que este apresentou significativa influência, mesmo que de forma indireta, de outros

movimentos positivistas, tais como o da filosofia e das ciências. Porém, características um tanto quanto específicas do positivismo jurídico o tornaram peculiar e bem distinto das linhas de reflexão dos demais positivismo (DIMOULIS, 2006).

Sabe-se, portanto, que existe um campo largo e bastante abrangente denominado de positivismo, a partir do qual é possível observar construções de saberes específicos em diversas áreas de atuação. Na sociologia, por exemplo, existe o positivismo sociológico; na filosofia, o positivismo lógico e no âmbito jurídico, o positivismo jurídico que, embora tenha recebido influência de outros positivismo, apresenta uma face bastante diferente (DIMOULIS, 2006).

A rejeição de teses metafísicas ou idealistas para explicar o direito e seu funcionamento de forma objetiva é característica que aproxima o positivismo jurídico dos demais (DIMOULIS, 2006).

Na sociedade atual, a forma de se pensar em relação ao direito não é mais a mesma. Inúmeras foram as interferências que desencadearam essa mudança, tais como, o holocausto da grande guerra mundial, que aniquilou uma grande quantidade de seres humanos, o pluralismo, a complexidade da sociedade atual, entre outros (FERNANDES; BICALHO, 2011).

Em suma, o positivismo é a teoria jurídica que baseou a construção de um pensamento de que um direito injusto poderia, em tese, ser um direito válido, embora não correto (KELSEN, 1999).

O positivismo jurídico é assentado na premissa de que o conteúdo da norma jurídica, o que inclui a valoração dos elementos sociais, é elaborado pelos órgãos legislativos no processo de construção do texto normativo, especialmente durante o processo de discussão entre os representantes do povo. A realização da valoração e da escolha dos fatos sociais que serão regulados pelo direito é feita aprioristicamente, ou seja, antes da própria ocorrência do fato jurídico. (GAIA, 2018 p. 577).

Foi a partir do positivismo que a ciência jurídica passou a ser ampliada e colocada em um paralelo, um tanto quanto subjetivo, entre sujeito e objeto, regulado pelos discernimentos da racionalidade e da objetividade (FERRAJOLI, 2012).

A busca pela classificação da corrente teórica do positivismo jurídico perdurou por longos anos. Com o intuito de traçar uma definição ampla que o designasse de forma coerente e clara, teóricos engajaram-se em inúmeras reflexões. Buscava-se por uma fundamentação teórica para o direito, que estivesse baseada em



determinada ordem, com o intuito de descrever os elementos que o poderiam compor (DIMOULIS, 2006).

Segundo Barzotto (2007), a corrente do positivismo jurídico representou uma significativa vertente teórica na busca incessante de se conceituar o direito, exaltando sua validade e sua aplicabilidade na sociedade mediante normas jurídicas.

Pode-se dizer que uma das principais características dos pensadores que aderiram à corrente positivista foi a busca pela explicação do direito. Tais autores tinham o intuito de transformar a ciência do direito em uma ciência autônoma, explicando-a a partir de normas puramente positivas, sem a presença de elementos metafísicos capazes de interferir ou descaracterizar o ordenamento jurídico nas leis e/ou regras (BARZOTTO, 2007).

De acordo com Barzotto (2007), o conceito de autonomia apresentado pelo positivismo jurídico foi elaborado dentro de uma perspectiva de caracterização normativa do direito.

De acordo com Clève (1993), o positivismo jurídico representou uma amostra alegórica do direito no fim-de-século, pautado:

- Na teoria da norma jurídica, da obediência, do ordenamento jurídico e da interpretação mecanicista;
- Na teoria da legislação como fornecedora principal do direito;
- No direito como evento, não como valor e
- Na definição do direito de acordo com a função do artefato.

Zanon Júnior (2015), por sua vez, aponta cinco características marcantes do positivismo jurídico, sendo elas:

- Separação entre Direito e Moral;
- Formação do Ordenamento Jurídico exclusivamente ou preponderantemente por Regras positivadas;
- Construção de um sistema jurídico escalonado só pelo critério de validade formal;
- Aplicação do Direito posto mediante subsunção;
- Discricionariedade judicial para resolução dos chamados casos difíceis.

A partir da perspectiva de um positivismo jurídico coerente, Kelsen afirma que:

[...] o Direito, precisamente como o Estado, não pode ser concebido senão como uma ordem coerciva de conduta humana - com o que nada se afirma sobre o seu valor moral ou de Justiça. E, então, o Estado pode ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito - nada mais, nada menos. Esta superação metodológico-crítica do dualismo Estado-Direito é, ao mesmo tempo, a aniquilação impiedosa de uma das mais eficientes ideologias da legitimidade. Daí a resistência apaixonada que a teoria tradicional do Estado e do Direito opõe à tese da identidade dos dois, fundamentada pela Teoria Pura do Direito. (KELSEN p. 234, 1999).

Segundo Dworkin (2002), é possível resumir o positivismo por meio de três conceitos fundamentais:

- A consideração do direito como um conjunto de normas específicas utilizadas de forma direta ou indireta pela sociedade com o desígnio de apresentar o comportamento a ser punido pelo poder público e aferido conforme sua validade;
- Aplicação da norma além do direito, caso não sejam encontradas soluções inclusas no direito para determinados fatos;
- Compreensão de que na ausência de regras jurídicas válidas, não existirá obrigação jurídica para imposição de normas.

Nessa perspectiva, pode-se dizer que o direito pode ser interpretado de diversas maneiras: desde o positivismo formal à crítica (SCREMIN, 2004).

Observa-se, a partir das exposições teóricas expostas até o momento, que o positivismo jurídico é compreendido como uma ciência diretamente vinculada à legislação positiva, que pressupõe a materialização da produção jurídica em um só interesse constitucional: o interesse legislativo (ZAGREBESLKY, 2007).

O significado do positivismo jurídico, mesmo que subjetivo, conjetura uma diminuição de tudo aquilo que faz parte do âmbito jurídico, a lei. Essa ligação inclui os direitos e a justiça, idealizando o trabalho dos juristas como um simples serviço da lei, submisso à aspiração do legislador. Nesse contexto, verifica-se que o positivismo não se preocupa com questões relacionadas ao ser humano em si (ZAGREBESLKY, 2007).

## **2. Hans Kelsen e a Teoria Pura do Direito**

A teoria Kelseniana é a expressão máxima do estrito positivismo jurídico, e uma consequência da decadência do mundo capitalista-liberal logo após a Primeira

Guerra Mundial. É fruto da época denominada “racionalização do poder”, pois, devido ao seu caráter de Teoria Geral do Direito, devia estar apta para reconhecer além da existência de ordens jurídicas de conteúdo político-liberal ou social-democrático, as de um direito soviético, fascista ou nazista. “Daí sua vocação adífora da mais absoluta neutralidade em face do conteúdo político, ético, religioso, das normas jurídicas.” (DINIZ, 1988, p. 116)

Kelsen, com sua doutrina, reagiu ao que denominou de “sincretismo metodológico” em que a ciência jurídica tradicional incorria ao confundir-se com a psicologia, a sociologia, a ética e a teoria política. Não por entender, conforme afirma, que inexistam conexões entre estas disciplinas e o Direito, mas porque, segundo ele, esta confusão “obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.” (KELSEN, 1991, p. 01)

Entendendo que o cientista do Direito deveria investigá-lo mediante um método próprio ao seu estudo, concluiu que isso só seria possível se houvesse pureza metódica. Com esta finalidade, elaborou a sua teoria entre os anos cinco e onze do século XX. Exposta originalmente em 1911 com o título “Problemas Capitais da Teoria do Direito Estatal”, a primeira edição da “Teoria Pura do Direito” só foi publicada em 1934. Já em 1960 recebeu a sua segunda edição com uma série de inovações, fruto das reflexões do autor sobre seus críticos e o Direito norte-americano. Durante este período, Kelsen também publicou a “Teoria do Direito e do Estado” em 1945, já com importantes avanços em seu normativismo<sup>1</sup>. A versão definitiva de sua teoria, incluindo algumas importantes retificações, surgiu com a “Teoria Geral das Normas”, obra publicada em 1979, após a sua morte em 1973. (NADER, 2001, p. 195)

Sem dúvida, a obra central que resume todo o seu pensamento é a “Teoria Pura do Direito”. Logo na primeira página Kelsen esclarece que quando “designa a si própria como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto.” Visa responder a pergunta “o que é” e “como é” o Direito, e não como ele deve ser. (KELSEN, 1991, p. 01)

---

<sup>1</sup> Termo utilizado por vários autores de Teoria Geral do Direito e Filosofia Jurídica para designar a teoria Kelseniana.

Para tanto, KELSEN submeteu a ciência do Direito a uma dupla purificação. A primeira separa o Direito dos fatos sociais, remetendo o estudo destes às ciências causais como a Sociologia. A Segunda purificação retira do âmbito de apreciação da ciência jurídica a política e os aspectos valorativos do Direito como questões morais e de justiça, dentinando-as à política, à ética, e à Filosofia Jurídica.

Warat (2002) expõe que o ponto mais elevado da Teoria Geral de Direito se estabelece a partir da criação da teoria pura do direito de Kelsen, que focou suas análises na norma e na expressão coerente de sua validade, eliminando todo o entendimento metajurídico e valorativo.

Hans Kelsen destaca que a aplicação do direito, antes do desenvolvimento de sua teoria, era conduzida de forma relativamente indefinida. O autor destaca ainda a afinidade entre normas consideradas de escalão superior e normas consideradas como de escalão inferior:

Na Teoria Positivista de Kelsen, o juiz, quando da aplicação do Direito, deverá, além de seguir a lei (norma de escalão superior), observar as diversas alternativas de interpretação possibilitadas por esta moldura, de modo a apontar, na norma de escalão inferior (sentença), a melhor maneira de solucionar dado caso, de acordo com suas peculiaridades (DUARTE, 2013 p. 76).

Bogo (2014 p. 165) explica que:

Em linhas gerais, o positivismo jurídico restringiu o conceito de direito à norma produzida pelo Estado, propondo uma ciência jurídica apartada dos valores, da ética, da moral, da economia e da política. Com o constitucionalismo do século XX, houve uma reaproximação entre o Direito e os valores compartilhados por uma comunidade, num determinado espaço e tempo, consolidados em princípios, dotados de normatividade. (BOGO, 2014 p. 165).

Bobbio (1995, p. 164) destaca: “[...] o positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para produzir, mas para reproduzir o direito, isto é, para explicitar como meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas”.

É válido destacar que a partir do momento em que uma teoria do direito positivo se candidata a separar o direito da moral e o direito da justiça, com o intuito de não haver confusão entre os termos, ela opõe-se fortemente à concepção tradicional, entendida como conclusiva pela grande parte dos juristas, que destacam

a existência de uma única moral válida e absoluta na qual se baseia a justiça (KELSEN, 2006).

Neste ponto, portanto, é importante refletir a respeito da moral. Segundo Vasquez (2004) moral vem do latim *mos* ou *mores*, “costume” ou “costumes”. A moral se refere ao comportamento humano adquirido, enquanto a ética vem do grego *ethos*, que significa “modo de ser” ou “caráter” adquirido ou conquistado pelo homem.

A solicitação de um isolamento entre direito e moral, e direito e justiça, denota que a legitimidade de uma ordem jurídica positiva é autônoma em relação à moral absoluta. Kelsen buscou comprovar que o direito não se relaciona a uma moral pré-determinada ou moral absoluta (KELSEN, 2006).

Assim, a moral é entendida como uma ordem e conduta separada e com características distintas, sem força suficiente para fazer frente, ou suplantar uma norma jurídica. Portanto, a moral deve ser ignorada pelos juristas, pois não se teria como consignar segurança jurídica, diante das várias concepções morais existentes no mundo e inerente a subjetividade de cada ser humano. (BERNDT; SANTIN JÚNIOR, 2017 p. 43).

Verifica-se que “em relação à tese da separação entre direito e moral, ou entre o direito ‘como é’ e ‘como deve ser’ é comumente considerada um postulado do positivismo jurídico” (BERNDT; SANTIN JÚNIOR, 2017 p. 42).

### **3. Crítica ao Positivismo Jurídico e o Pós-Positivismo**

Atualmente, o positivismo jurídico tem sido rejeitado a partir de duas diferentes interpretações. A primeira expressa que há certos princípios de comportamento humano, que esperam a descoberta pela razão humana, aos quais o direito feito pelos homens deve aderir para ser válido. A segunda apresenta uma perspectiva diferente e menos racionalista da moral, oferecendo um discurso diferente das maneiras pelas quais a legitimidade jurídica está acoplada ao valor moral (HART, 1994).

A separação do direito da moral, um sistema apenas baseado em um sistema de regras, a validade apenas formal das normas jurídicas, a aplicação do direito por meio do método subsuntivo e a discricionariedade judicial, encontram-se em crise paradigmáticas nos meios acadêmicos, levando os juristas a estudarem novas formas de se superar esses velhos paradigmas juspositivistas. (BERNDT; SANTIN JÚNIOR p. 40).

Levando em consideração os tempos atuais, Scremin (2004 p. 151) afirma que é importante que o direito, “como fator necessariamente existente na sociedade, seja estudado, buscado e construído também com vistas na libertação”. A autora destaca ainda que “a emancipação do homem depende de ferramentas e o direito tem de ser uma delas, ainda que seja utilizado muitas vezes de forma diversa”.

O positivismo não mais foi capaz de construir uma resposta lógica para as questões jurídicas contemporâneas, principalmente as mais complexas ou difíceis. A justiça, em muitos momentos esquecida, não mais pode ser deixada para segundo plano. A sociedade exigiu a compatibilização da segurança jurídica (ponto forte do positivismo jurídico) com a justiça (ponto de busca incessante do pós-positivismo, sem o esquecimento daquela). (FERNANDES; BICALHO, 2011 p. 129).

A partir desse momento, surge um novo pensamento jusfilosófico designado pós-positivismo, o qual representa um apoio estrutural para o pensamento constitucional contemporâneo denominado neoconstitucionalismo (FERNANDES; BICALHO, 2011).

O novo constitucionalismo é construído a partir de bases filosóficas sólidas, ou seja, baseado nos pilares do chamado pós-positivismo (FERNANDES; BICALHO, 2011).

Nesse momento, os valores passam a fazer parte do sistema jurídico, com mediação dos princípios. A intenção é permitir a tomada de decisões baseadas em parâmetros de justiça. Porém, a questão da fixação dos critérios lógicos e racionais em tomadas de decisão nos casos difíceis representa uma crítica ao modelo apresentado (FERNANDES; BICALHO, 2011).

O modelo pós-positivista (aproximação do direito com a moral, distinção entre princípios e regras, fixação do conteúdo da norma constitucional pelo aplicador do direito etc.) é proposto com o escopo de buscar compatibilidade do sistema jurídico com os anseios sociais, sobretudo nas questões difíceis (FERNANDES; BICALHO, 2011).

A obediência incontestável à lei, a crença na neutralidade do direito, a subsunção da legitimidade à legalidade, a interpretação mecanicista-formal e a importância do dogmatismo não são mais os pilares do direito que se almeja pelos cidadãos e pelos juristas mais arejados. O que se busca incessantemente são melhores condições de vida para toda a população, com saúde, moradia, alimentação, educação, segurança, trabalho e lazer. O direito pode, e mesmo deve, caminhar junto com a política para que a sociedade ideal seja atingida diariamente por todos os setores da sociedade. Não se pode restringir a aplicação do direito para a elaboração

de leis em desajuste com os anseios sociais e acreditar que o direito está na lei e se há uma dissonância, a sociedade é que está errada. A lei tem de refletir aquilo que o todo social deseja para que seja legítima e, mesmo assim, o direito não estará limitado na lei. (SCREMIN, 2004 p. 161).

Segundo Scremin (2004 p. 161), a doutrina apresentada pelo positivismo jurídico apresenta falhas inadmissíveis na contemporaneidade. Por outro lado, a autora aponta a teoria crítica do direito como uma resposta às demandas sociais atuais.

Ainda de acordo com Scremin (2004), o cientificismo positivista “oriundo da exaltação do sujeito racional do auge da Idade Moderna, que veio em contraposição do direito medieval baseado na fé e no transcendental, não atende mais às necessidades e às expectativas do homem do século XXI”.

A teoria crítica do direito, que se apresenta como uma alternativa ao positivismo jurídico, não necessita se reduzir à simples função de definir ou criticar o positivismo propriamente dito. O essencial é fornecer o que a sociedade almeja (SCREMIN, 2004).

Apenas a partir da construção de uma teoria crítica do direito que seja finalmente “capaz de alterar a realidade social mediante a interação com a esfera política é possível acreditar na efetivação da dignidade da pessoa humana e de outras garantias constitucionais previstas, mas não atingidas pela ‘ciência’ do direito.” (SCREMIN, 2004 p. 161).

O direito não é adorno dos juristas para mostrar erudição, é arma do povo para se defender dos abusos que a classe dominante pode cometer e para atacar a sociedade ditatorial. Se há momentos em que o direito é instrumento de dominação das classes dominantes, é nesse mesmo direito que tem de as classes dominadas se escorar para buscar uma saída. Isso é fundamental no direito que se pretende construir: a crença e a real busca do direito emancipatório. Isso pode parecer utópico para muitos juristas que entendem que o direito não tem toda essa força, mas se nem houver a procura pela emancipação, jamais se chegará a sua concretização. (SCREMIN, 2004 p. 161).

O constitucionalismo que marcou o século XX gerou intensas alterações no conhecimento jurídico. Houve reformulação do conceito de legalidade, que na interpretação positivista clássica resumia o direito à lei. O ponto de reflexão a partir daí é que a lei não é perfeita. Com o passar do tempo, a própria história de sociedades demonstrou as arbitrariedades, atrocidades e discriminações derivadas por leis consideradas perfeitas (MARINONI, 2008).

Nesse contexto, Duarte (2013 p. 79) afirma que o positivismo:

[...] admite que o legislador, como ser humano que o é e não Deus, não pode prever todas as minúcias do viver. Pois as normas têm um condão de indeterminação, servindo unicamente como uma moldura a ser preenchida pelo intérprete, que investigará a melhor maneira da resolução do caso concreto. (DUARTE, 2013 p. 79).

Quanto ao marco da segunda Guerra Mundial, sabe-se que:

[...] especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial, restou evidenciado, de forma clara, o fracasso da tentativa juspositivista de tratamento do Direito como um simples produto da autoridade estatal e da razão humana, passível de compreensão objetiva e de descrição neutra por meio do emprego de um rígido modelo científico lógico-dedutivo, essencialmente formalista e avesso ao reconhecimento de qualquer interação entre o fenômeno jurídico, a Moral e a Política. As incoerências e inconsistências do discurso positivista para o Direito, tanto na teoria quanto na práxis dos juristas, e, especialmente, sua dificuldade de explicar e justificar adequadamente o fenômeno jurídico em toda a sua complexidade, são percebidas pelos estudiosos do Direito, que passam a sustentar questionamentos e reflexões cada vez mais detidas (LYRIO, 2006 p. 1).

A segunda-guerra mundial representa um forte marco histórico, o qual induz ao surgimento de um novo direito, uma nova teoria constitucional, devido a todos os “traumas trazidos pela guerra terem sido muito eloquentes para o mundo, pois o direito, no paradigma juspositivista, havia fracassado em tutelar os direitos humanos.” (BERNDT; SANTIN JÚNIOR, 2014 p. 47).

Após a Segunda Guerra Mundial ocorre uma transformação do direito a nível mundial. Essa mudança se deve à busca pela superação das atrocidades dos regimes totalitários. “Era necessário que se rompesse com toda a estrutura legislativa que lhes atribuía legitimidade através do argumento da obediência a um formalismo rigoroso, de mera observação do procedimento adequado de criação das leis” (TASSINARI, 2013 p. 40).

O pós-positivismo jurídico tem como hipótese o papel essencial a ser tomado pela Constituição no ordenamento jurídico, permitindo a consideração da seriedade dos seus princípios, diante de sua força normativa e servindo como apropriados vetores hermenêuticos a quem aplica o direito (KIM, 2009).

Em outras palavras, a Teoria Pós-positivista do Direito “propõe solução para o legado deixado pelo Positivismo Jurídico, que não resolveu o problema da



determinação do Direito no caso concreto, bem como o que envolve o poder discricionário do julgador.” (DUARTE, 2013 p. 78).

Parece ser ponto comum tanto de positivistas quanto pós-positivistas que a busca por segurança jurídica é o mote de suas teses, todavia se a teoria positivista tivesse alcançado, através da subsunção, estes objetivos, não estariam os pós-positivistas também a buscar alternativas para a falta de certeza na aplicação do direito. (BERNDT; SANTIN JÚNIOR, 2017 p. 55,56).

Porém, “no Positivismo Jurídico, os princípios são encarados como justificativa do poder discricionário do julgador, porquanto que, no Pós-positivismo Jurídico serviriam de meio para superação dessa discricionariedade.” (DUARTE, 2012 p. 80).

Em relação a essa discricionariedade, Berndt e Santin Júnior (2017) discorrem que:

[...] os próprios positivistas foram os primeiros a encarar o problema da discricionariedade judicial, conformando os métodos de interpretação cunhados pelo paradigma do Positivismo Jurídico, apesar de seus esforços, ainda franqueiam uma larga margem para o exercício da livre atividade discricionária do órgão aplicador, nos chamados casos difíceis, em razão da ambiguidade da linguagem ou das eventuais lacunas e antinomias. Diversos aspectos ligados às peculiaridades do movimento juspositivista impediram que os seus expoentes fossem além da moldura kelseniana.

Ainda em relação ao pós-positivismo, é importante destacar que:

[...] o paradigma do pós-positivismo jurídico, que tem a centralidade da Constituição e a força normativa dos princípios constitucionais como seus eixos centrais, permitiu o desenvolvimento da teoria de que a criação da norma jurídica somente é possível diante das particularidades do caso concreto (GAIA, 2018 p. 575).

Duarte (2013 p. 74) discorre:

O que se deve considerar como direito e a maneira mais adequada de aplicá-lo são questões que, há muito, protagonizam discussões no cenário jurídico. Encontrar respostas não é tarefa das mais fáceis, mas tentativas não faltam, modificando-se o paradigma conforme o momento histórico vivido. Hodiernamente, a denominada Teoria Pós-Positivista do Direito propõe solução à celeuma, almejando a superação do Positivismo Jurídico que dominara a ciência jurídica no século XX.

Fernandes e Bicalho (2011 P. 114) por sua vez, relatam que:

As principais características desse novo posicionamento teórico podem ser identificadas, em suma, como a) a abertura valorativa do sistema jurídico e, sobretudo, da Constituição; b) tanto princípios quanto regras são

considerados normas jurídicas; c) a Constituição passa a ser o *locus* principal dos princípios; e d) o aumento da força política do Judiciário em face da constatação de que o intérprete cria norma jurídica.

Assim, substitui-se a busca obsessiva de realização de uma ciência jurídica pura, objetiva e descritiva por esforços que apontam um novo incremento teórico que, sem disfarçar as influências morais e políticas, fornece justificção racional e de legitimação ao fenômeno jurídico ante à comunidade que a ele está contida (LYRIO, 2006).

No pensamento positivista existe o intuito de garantir a almejada neutralização do sujeito. Devido a essa neutralização do ser humano, arredam-se da ciência jurídica noções como a moral, ética, política, filosofia e economia (FERRAJOLI, 2012).

[...] a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. Primeiramente, cabe analisar se a separação entre direito e moral ainda prevalece nos moldes juspositivista. Nos moldes positivistas não pode, de fato, prevalecer a tese da separação entre direito e moral. A uma porque não se pode negar os reflexos entre as ordens sociais, as quais são complementares, em que pese o querer de manutenção de objetividade e purificação científica. A duas, os assuntos da moral estão umbilicalmente conectados com os debates jurídicos, que buscam axiologicamente decisões corretas, justas e boas, não servindo de forma para qualquer conteúdo (BERNDT; SANTIN JÚNIOR, 2017 p. 52).

De acordo com Lyrio (2006 p. 133):

As Teorias Neoconstitucionalistas defendem a inadequação do modelo científico adotado pelos juspositivistas para a análise do fenômeno jurídico em toda a sua complexidade. Contudo, não reivindicam para si, como preocupação primeira, a tarefa de apontar ou desenvolver um modelo científico mais adequado à abordagem do Direito.

Nessa perspectiva, podemos comparar o positivismo jurídico à justiça retributiva, pois, com o passar de longos anos, a teoria retributiva baseou-se tão somente no cumprimento de normas, sem demonstrar preocupação com qualquer finalidade social específica justificável. A justificativa pelo ato de retribuição passa a basear-se tão somente no resgate moral da Lei penal violada e no cumprimento de um castigo (FARIA, 2005).

Havendo grande preocupação com a função de proteger determinados bens jurídicos, não haverá qualquer afinidade pela garantia de qualquer fim social. A retribuição paulatina do mal pelo mal se torna um discurso vazio e o direito penal

enquanto “instrumento de potencialização do mal” pede novas justificativas (FARIA, 2005, p. 873).

De acordo com Berndt e Santin Júnior (2017 p. 58), o direito não deve ser afastado de questões relacionadas à moral “pelo trauma histórico do formalismo juspositivista e pela própria necessidade de fazer cumprir a norma constitucional, mormente de proteção aos direitos humanos”. Segundo os autores, é importante que ocorra uma superação da teoria norma jurídica “em que estava calcado o positivismo jurídico, tendo como única fonte, a regra estatal, construindo-se por intermédio da normatividade dos princípios uma nova concepção dessa teoria da norma jurídica”.

Conclui-se esta revisão com uma reflexão importante e sucinta de Macedo (2017, p. 8):

A verdade é que atravessamos um período de grandes mudanças políticas e sociais. Muitas práticas outrora aceitas estão sendo condenadas pelo crivo social com maior rispidez, dentre elas seguramente a corrupção. Não por acaso todos esses escândalos do mundo político têm vindo à tona e repercutido em uma grande roda de debate que se dá sobremaneira nas redes sociais e que expressam uma real cisão de opiniões importante para o amadurecimento do Brasil como um país efetivamente democrático. Nessa mesma esteira, também o sistema criminal tem ganhado atenção e sido colocado em xeque. Trata-se de uma estrutura atravessada por violência e que passa, em seu momento atual, por um cenário de crise institucional justamente por não se mostrar capaz de desempenhar sua função de guardião da paz.

## **Conclusão**

O presente artigo abordou conteúdos teóricos relacionados à corrente do positivismo jurídico, indagando nas entrelinhas se o mesmo pode ser constituído como teoria do direito.

Certamente, a busca pelo reconhecimento das características e limites do positivismo jurídico abre amplo espaço para discussão e reflexão.

A realização deste estudo permitiu verificar peculiaridades relacionadas ao positivismo jurídico, tais como a separação entre direito e moral, formação do direito a partir de regras jurídicas, entre outros.

Observou-se que o Positivismo Jurídico, enquanto hipótese cercada de paradigmas que se estendeu por anos no âmbito jurídico, atualmente se encontra em crise.

O estudo induz à reflexão a respeito da existência de uma iminente necessidade de adequações que permitam a renovação do pensamento jurídico, a fim de efetivar a ciência jurídica e a justiça.

Por fim, após a reflexão direcionada por esse estudo, acredita-se na importância dos juristas na construção de um novo modelo que liberte docentes e discentes das prisões de verdades acabadas, livres de conformismo. É necessário apostar na formação de profissionais críticos e reflexivos, capazes de atuar como agentes transformadores da sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARZOTTO, L. F. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BERNDT, R. E.; SANTIN JÚNIOR, W. Do positivismo jurídico ao pós-positivismo. **REVISTA DA ESMESC**, v. 24, n. 30, p. 39-59, 2017.

BOBBIO, N. **II Positivismo Giurídico**. Turim: Giappichelli, 1979.

BOBBIO, N. **O positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOGO, J. R. Positivismo, pós-positivismo e princípios: uma crítica ao princípio da confiança no juiz do processo (penal). **Justiça do direito**, v. 28, n. 1, p. 165-180, 2014.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, C. M. **Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

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

DINIZ, M. H. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DUARTE, H. G. N. Pós-positivismo e argumentação jurídica: Reflexão à luz do conceito de direito. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, v. 41, n. 1, p. 73-86, 2013.

DWORKIN, R. **Levando os Direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGELMANN, W. **Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

FARIA, J. C. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. *In*: FARIA, J. C. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 867-881.

FERNANDES, R. V. G.; BICALHO, G. P. D. **Do positivismo ao pós-positivismo Jurídico**: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. Brasília, a. 48 n. 189, p. 105-131, 2011.

FERRAJOLI, L. *et al.* **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ, JR, T. S. **A Ciência do Direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERRAZ JR, T. S. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GAIA, F. S. Pós-positivismo jurídico e norma jurídica: uma análise sobre a legitimação judicial no processo construtivo do direito. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 18, n. 2, p. 573-598, 2018.

GRESSLER, L. A. **Introdução à pesquisa**: projetos e relatórios. São Paulo: Loyola, 2004.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1994.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KIM, R. P. Neoconstitucionalismo: hermenêutica constitucional e atividade jurisdicional na tutela dos direitos do cidadão. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano XXXVI, n. 116, p. 272, 2009.

LARENZ, K. **Metodologia da Ciência do Direito**. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LYRIO, F. F. O. **O positivismo jurídico e sua crítica contemporânea**: uma análise a partir da proposta teórica neoconstitucionalista. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, Santa Catarina, p. 151. 2006.

MACEDO, A. A. **Direito, Discurso, Dogma**: uma crítica à dogmática positivista e punitivista do Direito Penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, p. 95. 2017.

MARINONI, L. G. Teoria geral do processo. 3. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008.

NADER, P. **Filosofia do Direito**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SCREMIN, M. S. Do positivismo jurídico à teoria crítica do direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 40, 2004.

TASSINARI, C. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VÁSQUEZ, A. S. **Ética**. 25. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2004.

WALTER, R. A teoria pura do direito. *In*: KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 9. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013.

WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

ZAGREBELSKY, G. **El derecho dúctil**. Tradução de Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

ZANON JÚNIOR, O. L. **Teoria complexa do direito**. 2. ed. Curitiba: Ed. Prismas, 2015.