

INTRODUÇÃO

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, iniciou-se na Europa um movimento jusfilosófico disposto a estudar o papel das Constituições nos estados democráticos de modo a reconciliar Direito e moral por meio de um novo constitucionalismo e da teoria dos direitos fundamentais. Isso foi observado principalmente na Alemanha, com a vigência da Lei Fundamental de 1949 e com a atuação do Tribunal Constitucional do país; na Itália, sob a égide da Constituição de 1947 e intensificado com a Corte Constitucional de 1956; e, posteriormente, na Espanha, em Portugal. No Brasil, o maior marco é a Constituição Federal de 1988, e a atuação do Supremo Tribunal Federal a partir dos anos 2000.

Essa é uma maneira diversa de encarar a reconciliação entre Direito e Moral se comparado com a experiência anglo-americana. Consoante assenta Alfonso Garcia Figuerola¹, nos Estados Unidos, a existência de uma constituição escrita a delinear a atuação das instituições e pessoas integra sua própria tradição e tradição. Por sua vez, na Inglaterra, a falta de uma constituição escrita impede se falar de uma constitucionalização do Direito. Assim, o impacto da centralidade constitucional e seu compromisso com valores representou ruptura nos países de tradição continental, em que o papel da lei e do direito escrito era mais marcante.

São nesses contextos distintos que os pensamentos seminais de Ronald Dworkin e Robert Alexy devem ser considerados, o que já revela que rotulá-los indistintamente como pós-positivistas traz uma simplificação que confunde. Apesar de pouco incorporadas no cotidiano em seus próprios berços², no Brasil tem alcançado o patamar de corrente do pensamento dominante.

O estudo, a interpretação e a aplicação do referencial teórico desse genérico pós-positivismo, sob a forma de um neoconstitucionalismo, estão sendo feitos “à brasileira”, ao arpejo de um necessário rigor metodológico e científico, estando mais a serviço de posições, decisões e interpretações voluntaristas que raciocínios jurídicos adequados à Constituição³ ou a uma criteriosa reconciliação entre Direito e Moral.

O objetivo central do trabalho é, então, o de denunciar essa importação acrítica das ideias mais propriamente denominadas de não positivistas, em vez de pós-positivistas ou neoconstitucionalistas, para a realidade brasileira, e as suas consequências prejudiciais à ordem jurídica, principalmente a compreensão equivocada de que essa corrente filosófica sempre autoriza o intérprete a decidir por princípios ou atribuir qualquer sentido ao objeto analisado.

Como objetivo específico do trabalho, procura-se defender a doutrina de que não houve ainda a superação do positivismo jurídico, e que apesar dessa constatação as ideias do

não positivista têm servido de referencial teórico e filosófico para justificar interpretações, posições e decisões que não encontram guarida na Constituição Federal. Nem mesmo as premissas próprias para caracterizar um não positivismo são adequadamente considerados, servindo, quando muito, a ensejar um mal acabado positivismo inclusivo.

Essa constatação será feita mediante a análise de decisões judiciais e posicionamentos jurídicos fundamentados a partir das ideias do chamado pós-positivismo, mas que não encontram na Constituição Federal ou nas teorias que lhe serviriam de fundamento.

Não é objetivo do trabalho oferecer um arcabouço teórico que substitua as ideias do genérico pós-positivismo. É bem mais modesto. Pretende, na verdade, denunciar essa importação equivocada e os riscos que ela representa, sobretudo à previsibilidade e à segurança jurídicas, que não foram sequer revisitados. Pretende-se mesmo que se abandone a denominação do termo pós-positivismo, símbolo maior do acrítico sincretismo teórico, para permitir que se possa posicionar entre as correntes rigorosamente existentes, como o positivismo pré-hartiano (que em sentido bem específico pode ser chamado de positivismo normativo), o positivismo inclusivo, o interpretativismo de Dworkin e o não positivismo argumentativo de Alexy.

No plano metodológico, além da leitura doutrinária, vale-se, igualmente, da jurisprudencial dos Tribunais Superiores, que serão ventilados ao longo da exposição, visando, adrede, a realçar a tese central e os objetivos do trabalho. A fundamentação científica do artigo ficará por conta do método da *dedução* do direito positivo, lido à luz da nova doutrina sobre o tema.

O raciocínio lógico-dedutivo dará, igualmente, espaço ao encontro de soluções e propostas de ordem silogística (vale dizer: conclusiva), que serão mencionadas no final do trabalho. O material empregado para a pesquisa será de natureza bibliográfica jurídica, abrangendo a literatura livresca, periódica e na rede mundial (Internet). Tudo devidamente alistado no item *Referências Bibliográficas*, ao final do artigo.

1. CARACTERÍSTICAS CENTRAIS DO POSITIVISMO JURÍDICO

Não se pretende aqui as diversas correntes das correntes positivistas que podem ser atualmente identificadas. Entretanto, é possível destacar, de forma mais detida, o positivismo legalista/exegético, que tem os códigos como principal referência e inspiração, o positivismo de Hans Kelsen, que tem a norma jurídica como objeto delineador, o positivismo de Herbert Hart, que se preocupou com o estudo do conceito de regra, e o realismo jurídico, que tem por objeto de estudo as decisões emitidas pelos tribunais⁴.

Apesar disso, é plenamente possível destacar características centrais e comuns a todas as elas, analisadas aqui sob o rótulo de positivistas. É a isso que o presente tópico se propõe. E de logo se pode afirmar que o positivismo jurídico não reconhece outro direito senão o direito posto, cujo fundamento de validade deve ser buscado imediatamente em outra norma superior, igualmente jurídica.

A corrente filosófica denominada de positivismo jurídico surgiu com o Estado Liberal do século XIX, e na precisa de lição de Luís Fernando Bazotto⁵, tem como seus representantes mais autorizados no século XX Hans Kelsen (1881-1973), Alf Ross (1899-1979) e Herbert Hart (1907-1992).

A ideia central do positivismo jurídico girava em torno da segurança jurídica, da previsibilidade, do formalismo, da neutralidade em face da Moral e da objetividade na identificação do conceito de Direito. Diante de uma sociedade plural, com anseios e valores diversos e complexos, encarou-se sobretudo o Estado como o agente a institucionalizar o Direito por meio de fontes formais, com destaque à lei, dotada de abstração e generalidade e conteúdo autônomo em relação à moral, à ética, à política, à filosofia e à sociologia, o que significa dizer que o único critério de validade de uma norma é a sua própria juridicidade, identificado segundo parâmetros formais, e não critérios substanciais axiológicos ou deontológicos.

A norma jurídica é válida por fazer parte de um ordenamento jurídico, com a recusa da justiça e da eficácia⁶ como critérios de aferição de sua validade. Nesse sentido, Luís Fernando Barzotto:

O positivismo não adota como critério identificador do jurídico “aquilo que é justo”, pelo subjetivismo e incerteza provenientes da multiplicidade de concepções de justiça; exclui-se também “aquilo que é eficaz, pelo risco do arbítrio e a consequente imprevisibilidade que segue a este⁷.

Com a exclusão da justiça, da eficácia⁸ e, conseqüentemente de qualquer outro critério que não seja exclusivamente admitido pelo próprio Direito, para o positivismo norma jurídica não é aquela identificada com a justiça ou com a eficácia, mas com a validade, que passa a ser o único critério admitido pelo próprio Direito para verificação de compatibilidade da norma com o ordenamento jurídico. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos destacam que:

A busca da objetividade científica, com ênfase na realidade observável, e não na especulação científica, apartou o direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada

de posição diante da realidade. Não é no âmbito do direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça⁹.

Portanto, norma jurídica não é a norma justa ou a norma eficaz, mas a norma válida¹⁰, produzida de acordo com o processo de formação estabelecido pelo próprio Direito, sem qualquer preocupação com o conteúdo que ela encerra ou com juízes de valores. Em razão disso, o positivismo promove uma separação rígida entre o Direito e a Moral, e entre o Direito e as demais ciências¹¹, passando o primado da segurança jurídica a ocupar lugar de destaque e superior à própria noção de justiça.

Fabrizio Castagna Lunardi¹², ao analisar o positivismo jurídico, conclui que:

A dissociação entre a aplicação do Direito e os valores morais e éticos implica uma cegueira parcial em relação aquilo que preexiste e é a própria razão do Direito. A desconsideração do valor justiça para o positivismo jurídico leva a uma autofagia, pois o Direito desconsidera a sua própria razão de ser.

Luís Roberto Barroso destaca as seguintes teses fundamentais do positivismo jurídico:

(i) a ciência é o único conhecimento verdade, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insuscetíveis de demonstração; (ii) o conhecimento científico é objetivo. Funda-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que seja preservado de opiniões, preferências ou preconceitos; (iii) o método científico empregado nas ciências naturais, baseado na observação e na experimentação, deve ser estendido a todos os campos de conhecimento, inclusive às ciências sociais.¹³

Apesar das constantes críticas e ataques ao positivismo jurídico, não é encontrado nas próprias críticas e ataques o mesmo rigor científico e metodológico que caracterizaram o positivismo jurídico do século XX. Hans Kelsen, no que foi seguido pelos demais, realizou uma abordagem descritiva da Ciência Jurídica, ou seja, como o Direito é, e não como ele deveria ser, é dizer, prescritiva.

Ora, os críticos do positivismo, assim podem ser considerados todos aqueles que pregam a sua superação¹⁴, talvez apressados em demonstrar que se encontram atualizados com as ideias do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, sustentam a necessária correlação entre o Direito, a Moral, a Ética, a Filosofia, a Sociologia e as demais ciências.

Na visão desses críticos, o Direito não pode ter como único fundamento de validade o critério da juridicidade. Além disso, valem-se, igualmente, do giro linguístico hermenêutico – ser no mundo - de Heidegger¹⁵ e Gadamer¹⁶ para justificar a superação da neutralidade do intérprete e da objetividade do conhecimento humano¹⁷. A ciência pós-moderna não mais considera como características do conhecimento humano a objetividade, a neutralidade, a clareza e a certeza¹⁸, como pretendia o positivismo jurídico e as ciências exatas do século XVII.

Em verdade, ao assim agirem estão defendendo uma abordagem prescritiva do direito, de como ele deveria ser, e não simplesmente como ele é, como fizeram os corifeus Hans Kelsen (1881-1973), e Herbert Hart (1907-1992). São abordagens completamente diferentes e que não podem ser utilizadas para sustentar a superação do positivismo, pelo menos nesse aspecto descrição-positivismo/prescrição-pós-positivismo, como sustentam, equivocadamente, Gisele Leite¹⁹, Luís Roberto Barroso²⁰, Douglas Alencar Rodrigues²¹, por exemplo.

Em suma, sem o receio de ser tachado de simplório, o positivismo jurídico expurga de seu objeto de estudo qualquer aspecto material exterior ao direito posto.

Destacadas as principais características do positivismo jurídico, é chegado o momento de estudar no tópico seguinte as ideias do pós-positivismo jurídico e os fundamentos utilizados para sustentar a “superação” da ciência jurídica que dominou o cenário jurídico até a metade do século XX.

2. O SURGIMENTO DO PÓS-POSITIVISMO E AS SUAS CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS

O objetivo desse tópico é apresentar os conceitos fundamentais do pós-positivismo na tentativa de identificar as razões utilizadas pelos seguidores desse pensamento para sustentar a superação do positivismo jurídico. Afinal, a própria expressão “pós-positivismo” sugere algo que vem depois do positivismo, superando-o. Mas será que isso ocorreu?

Antes de destacar as características fundamentais do pós-positivismo, também se mostra relevante precisar os aspectos que caracterizam o neoconstitucionalismo. Como adverte Daniel Sarmento, não é uma tarefa fácil defini-lo, mas é possível sintetizar as seguintes mudanças operadas tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais:

(a) reconhecimento da forma normativa dos princípios jurídico e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teoria da argumentação etc; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez mais da Filosofia nos debates jurídicos; (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.²²

Daniel Sarmento²³ esclarece ainda que os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alex, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos

Santiago, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista.

No mesmo sentido da dificuldade de estruturar um conceito do que venha a ser neoconstitucionalismo, o professor Humberto Ávila destaca que podem ser apontadas algumas supostas mudanças fundamentais – ocorridas ou meramente desejadas, em maior ou menor intensidade – desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional:

As mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo, na versão aqui examinada, não são independentes, nem paralelas. Elas mantêm, em vez disso, uma relação de causa e efeito, ou de meio e fim, umas com relação às outras. O encadeamento entre elas poderia ser construído, de forma sintética, da seguinte forma: as Constituições do pós-guerra, de que é exemplo a Constituição Brasileira de 1988, teriam previsto mais princípios do que regras; o modo de aplicação dos princípios seria a ponderação, em vez da subsunção; a ponderação exigiria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata; a atividade de ponderação e o exame individual e concreto demandariam uma participação maior do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo; o ativismo do Poder Judiciário e a importância dos princípios radicados na Constituição levariam a uma aplicação centrada na Constituição em vez de baseada na legislação²⁴.

A mesma dificuldade também é encontrada para se destacar os pilares fundamentais do pós-positivismo. Não há uma definição clara e precisa do objeto de estudo seja do neoconstitucionalismo, seja do pós-positivismo. Contudo, Hugo de Brito Machado Segundo destaca as seguintes características do pós-positivismo, de forma aproximada e não definitiva:

a) a norma jurídica, sendo o sentido de um ato de linguagem, é necessariamente determinada pelo intérprete, que “completa” um trabalho iniciado, mas só iniciado, pelo legislador; b) na determinação da norma aplicável, o intérprete parte dos textos normativos, mas considera sobretudo os princípios aplicáveis e as peculiaridades do caso concreto, em face das quais esses princípios são ponderados; c) os princípios são mandamentos que determinam a promoção de determinados valores ou objetivos com a maior intensidade possível. Estão consagrados, implícita ou explicitamente, no texto constitucional. d) na determinação da norma aplicável ao caso, o intérprete há de realizar a conciliação dos princípios aplicáveis, de modo a adotar a solução que os realize de forma “ótima”, vale dizer, com a maior intensidade possível. Em caso de conflito entre os princípios implicados, deve haver uma ponderação, de sorte a que se adote a solução que os realize da forma mais equilibrada possível; e) os direitos indispensáveis à promoção da dignidade da pessoa humana estão positivados na Constituição, implícita ou explicitamente, em normas que podem ter estrutura de princípio. São os direitos fundamentais; f) os direitos fundamentais, até por serem consagrados em norma com estrutura de princípio, não têm como ser protegidos de forma absoluta. Têm de ser conciliados, ou “relativizados”, com aplicação do postulado da proporcionalidade, de forma a que seja possível o controle intersubjetivo e racional da decisão respectiva²⁵.

Nelson Nery Júnior e Georges Abboud identificam os seguintes conceitos fundamentais do paradigma do pós-positivismo:

(1) a necessária distinção entre texto e norma; (2) superação do silogismo como mecanismo de solução de questões jurídicas; (3) crítica da equiparação da interpretação jurídica com a vontade da lei ou do legislador; (4) apresentação de um conceito concreto de norma, de cariz pós-positivista, alcançável apenas

no caso concreto mediante a fusão dos dados linguísticos, extralinguísticos, extralinguísticos e históricos.²⁶

Para Margarida Maria Lacombe Camargo, o pós-positivismo, como movimento de reação ao legalismo, abre-se, na realidade, a duas vertentes: uma moral e o pragmatismo. Com suas palavras:

Uma delas é desenvolvida por autores que buscam na moral uma ordem valorativa capaz de romper os limites impostos pelo ordenamento jurídico positivo, honrando o compromisso maior que o Direito tem com a Justiça. Suas insuficiências seriam resolvidas mediante o recurso aos valores humanitários que, apesar de circunscritos socialmente, pretendem alcançar sua dimensão universal. Tais iniciativas amparam-se, fundamentalmente, na argumentação capaz de legitimar as posições assumidas pelo intérprete, assim como na idoneidade dos mecanismos que se fazem necessários. Poderíamos indicar aqui os nomes Chaïm Perelman, Ronald Dworkin Jürgen Habermas e Robert Alex. Em outra banda encontram-se autores que abraçam o pragmatismo, como é o caso de Friedrich Müller, Peter Härbele e Castanheira Neves, cujas teorias se fundamentam-se antes na realidade do (s) intérprete e nas condições de concretude da norma jurídica, do que numa ordem de valores²⁷.

Para Marcelo Novelino, essa concepção filosófica do direito, que se tornou conhecida na década de 90, procura ser uma terceira via de superação da dicotomia entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, e tem como alvo principal as três teses do positivismo metodológico: (a) teoria jurídica descritiva, separação entre o direito, moral e política e conceito factual do direito²⁸.

Essa breve exposição dos movimentos neoconstitucionalistas e pós-positivas pode se mostrar útil para extrair as seguintes conclusões:

1. Neoconstitucionalismo:

(a) propõe o fortalecimento da Constituição como autêntica norma jurídica de maior hierarquia do sistema jurídico;

(b) defende a normatividade dos princípios, que devem ser vistos como espécies de normas jurídicas, e seu modo de aplicação seria a ponderação ao invés da subsunção;

(c) a necessidade de uma hermenêutica especificamente constitucional, em razão do caráter aberto, indeterminado e político das normas constitucionais, e da insuficiência da hermenêutica clássica desenvolvida por Savigny no século XIX para solucionar os casos difíceis, com a adoção de métodos mais abertos (substituição da subsunção pela ponderação);

(d) a constitucionalização do Direito, passando a Constituição a ocupar o centro do ordenamento jurídico, outrora ocupado pelos códigos; prega a Constitucionalização no só do Direito Civil, mas de todo o Direito de determinado Estado;

(e) a necessária reaproximação entre o Direito e as demais ciências (Moral, Ética, Filosofia, Antropologia, Sociologia etc), o que se denominou chamar de interdisciplinaridade do Direito Constitucional²⁹;

(f) e uma maior judicialização da política e das relações sociais centrada no fortalecimento e ampliação da atuação do Poder Judiciário, que passa a assumir lugar de destaque na interpretação, aplicação e preservação das garantias e direitos fundamentais.

2. Pós-positivismo³⁰:

(a) o propósito central desse pensamento é o de destacar a superação do positivismo jurídico com a afirmação de que o sistema jurídico não é formado exclusivamente por normas jurídicas, pelo menos na visão de Ronald Dworkin e Robert Alex; ao lado das normas jurídicas, estão os princípios³¹, que devem ser utilizados para soluções dos casos difíceis; assim, o direito seria composto tanto por regras como por princípios;

(b) a necessária inclusão da moral como critério de correção de injustiças e validade do sistema jurídico; a validade da norma jurídica passa a depender de critérios formais (procedimento) e materiais (Justiça, Moral e outros valores), ou seja, prega uma necessária aproximação entre o Direito e a Justiça, separados pelo positivismo;

(c) a superação do método silogístico formal como mecanismo de solução de questões jurídicas e da ideia de que na interpretação das normas o intérprete deveria buscar a *voluntas legislatoris* (ou *mens legislatoris*) – desvendar o pensamento do legislador materializado no texto -, ou *voluntas legis* (ou *mens legis*) – desvendar o sentimento comum do povo (*Volksgeist*) contido da lei; em seu lugar, propõe a ausência de métodos e utilização da ponderação na aplicação dos princípios; (d) por fim, defende uma interpretação que aproxime Direito e realidade, com o abandono do formalismo, sendo necessário para tanto compreender que texto e norma jurídica são realidades que não se confundem, que o intérprete não é neutro, e que o raciocínio não é objetivo e que a ideia de completude do ordenamento jurídico não passa de uma ficção jurídica.

Juraci Mourão Lopes Filho³² aponta a neutralidade axiológica e o descompromisso ético como os principais motivos da derrogação do positivismo, (ou, ao menos, a mitigação de sua aceitação universal para compreensão do fenômeno jurídico), destaca o autor.

Para Lênio Streck³³, somente poderia ser chamado de pós-positivismo uma teoria do direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo, tanto na sua forma primitiva, exegética-conceitual, quanto na sua forma normativista, semântico-discrecional, o que não ocorreu. Daí a inadequação do sufixo “pós”, que representa uma superação, que, na verdade, como já dito, não ocorreu.

Realizada essa breve incursão acerca das principais características de cada uma dessas correntes, é razoável sustentar que o neoconstitucionalismo se aproxima mais de uma teoria específica voltada para uma determinada realidade de um modelo de Estado organizado a partir de uma Constituição com força normativa e democrática. Trata-se, portanto, de “uma teoria particular aplicável a um modelo específico de organização político-jurídica (o Estado constitucional democrático) e de Constituição”.³⁴

Diversamente, a corrente filosófica do pós-positivismo tem a pretensão universal e ambiciosa de tentar superar o positivismo jurídico e se apresentar como a melhor corrente filosófica do pensamento jurídico na Teoria do Direito.

No Brasil, a doutrina brasileira faz uso desse difuso arcabouço teórico e filosófico para sustentar a utilização de uma nova hermenêutica que retire a condição de agente neutro e passe a exigir do intérprete e do julgador preocupação com a dimensão prática do Direito, autorizando-os a construir, a partir do texto jurídico, a melhor norma para solucionar o caso. Daí a conclusão pós-positivista de que a melhor teoria sobre norma jurídica é a apresentada por Friedrich Müller³⁵, ao concluir que a norma nunca é *ante casum*, e não existe em abstrato de forma meramente semântica. No mesmo sentido, sustenta-se a superação do método lógico-formal de interpretação e aplicação do Direito,

Apesar diversidade teórica, o ponto de ligação das diversas concepções do pós-positivismo é o estudo da interpretação e concretização da Ciência do Direito³⁶, ou seja, sua dimensão prática. É o que também sustenta Hugo de Brito Machado Segundo:

Daí se pode concluir que, na segunda metade do Século XX, o que se modificou e se aprimorou foi a maneira de interpretar e aplicar tais disposições. Não é o texto da Constituição de 1988 que é “pós-positivista”, mas a maneira de interpretá-lo, numa demonstração eloquente de que o método molda a forma como se vê o objeto e de que texto e norma são coisas distintas, sendo esta o sentido daquele, dado pelo intérprete³⁷.

De fato, o paradigma positivista iniciado por Augusto Comte (1798/1857) e desenvolvido por Hans Kelsen (1881-1973), Alf Ross (1899-1979) e Herbert Hart (1907-1992), que pregava a utilização dos mesmos métodos das ciências naturais nas ciências sociais, ou seja, no estudo da Ciência Jurídica, “com especial ênfase para a neutralidade axiológica e a objetividade do conhecimento”³⁸, preservados através de uma interpretação exercida mediante a dicotomia sujeito-objeto e presa ao método lógico-dedutivo, restou superado com o giro hermenêutico dos filósofos Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, os quais passaram a entender que o método não é o caminho para a verdade.

Richard Palmer descreve a superação da hermenêutica metódica pela hermenêutica filosófica:

Abandona-se a antiga concepção de hermenêutica a antiga concepção de hermenêutica como sendo a base metodológica específica das *Geisteswissenschaften*; o próprio estatuto do método é posto em causa, pois o título do livro de Gadamer é irônico: o método não é o caminho para a verdade. Pelo contrário, a verdade zomba do método³⁹.

Mas isso não é suficiente para dizer que estamos diante de uma nova hermenêutica constitucional ou que essa mudança fenomenológica tenha promovido a superação do positivismo jurídico. Na lição de Carlos Bastide Horbach⁴⁰, “cabe destacar que não se está diante, portanto, de uma nova teoria jurídica, mas da mesma teoria com novos nomes. É o vinho velho em odres novos”.

Em verdade, mostra-se apressado e epistemologicamente questionável a afirmação de que, “como consequência das modificações conceituais da noção de Direito – do direito por regras ao direito por princípios, ocorre a substituição da ideia nuclear de legalidade administrativa pelo princípio da juridicidade da Administração”⁴¹. Não há espaço no Estado Democrático do Direito para tamanha ruptura, substituição e superação.

O próprio Robert Alexy⁴², ao tratar da teoria dos princípios e dos valores, explica que “isso significa que no modelo de regras e princípios a dedução não é suplantada pelo sopesamento. Ao contrário, nesse modelo ambos são associados”. No mesmo sentido, é o entendimento do prof. Humberto Ávila ao sustentar que [...] “o paradigma da ponderação não pode ser aceito como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico”[...].

Portanto, a melhor interpretação a ser conferida não é substituição das regras pelos princípios, ou a mais completa superação do silogismo como mecanismo de interpretação e aplicação de textos jurídicos, mas a inteligência de que “o modelo de regras e princípios não tem apenas o nível dos princípios, mas também o nível de regras”⁴³, o que implica dizer que um não substituiu ou sufocou o outro, e que ambos, regras e princípios podem e devem ser aplicados desde que presentes os pressupostos fáticos da incidência de cada um deles.

No caso dos princípios, por exemplo, sua aplicação está condicionada à existência de *hard cases*, para os quais não há texto normativo expresso na legislação para solucionar o caso. Somente nessas situações é possível compatibilizar princípios e segurança jurídica, regras e princípios, silogismo como método de aplicação do direito e os métodos da nova interpretação constitucional.

Pensar que o operador do direito pode a todo momento e sem qualquer critério lançar mão dos princípios jurídicos e da nova hermenêutica constitucional, ao invés das regras, para solucionar todo e qualquer conflito jurídico, é o mesmo que sustentar a primazia dos princípios sobre as regras, desprezando as suas funções de segurança e de previsibilidade no sistema jurídico, do Poder Judiciário sobre os demais poderes e da incerteza sobre a segurança jurídica, afinal, a norma decorrente da técnica da ponderação, típica da decisão por princípios, não se encontra no ordenamento jurídico, sendo criada pelo Poder Judiciário.

Não é por outra razão que o professor Humberto Ávila sustenta que:

Não é correto, em quarto lugar, asseverar que o Poder Judiciário deve preponderar sobre o Poder Legislativo (ou executivo). Numa sociedade complexa e plural é o Poder Legislativo o Poder onde, por meio do debate, se pode respeitar e levar em considerações a pluralidade de concepções de mundo e de valores, e o modo de sua realização. Em matéria para as quais não há uma solução justa para os conflitos de interesses, mas várias, não um só caminho para a realização de uma finalidade, mas vários, é por meio do Poder Legislativo que se pode melhor obter a participação e a consideração da opinião de todos. Num ordenamento constitucional que privilegia a participação democrática e reserva ao Poder Legislativo a competência para regular, por lei, um sem número de matérias, não se afigura adequado sustentar se passou do Poder Legislativo pra o Poder Judiciário, nem que se deve passar ou é necessariamente bom que se passe de um para outro⁴⁴.

Em sua obra, *Levando os direitos a sério* – modelo de regras I, Ronald Dworkin sustenta que nos “casos difíceis” os operadores do direito recorrem a padrões que não funcionam, como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. E por casos difíceis devem ser entendidos as situações para os quais não há norma jurídica, como no exemplo do famoso caso *Riggs contra Palmer*⁴⁵.

Vê-se que, decidir por princípios, na esteira de Ronald Dworkin, é uma atividade suplementar, cabível nos casos em que a própria legislação não prevê a solução (omissão). Havendo norma regulando a situação, não está o intérprete autorizado a desconsiderá-la e passar a decidir por princípios. No Brasil, por exemplo, o famoso caso *Riggs contra Palmer* seria facilmente decidido pela exclusão (arts. 1.814/188) ou pela deserdação (arts. 1.961/1965) do herdeiro, ou seja, seria decidido por regras, e não pelo princípio do *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Em razão disso, é possível extrair a seguinte conclusão: Ronald Dworkin não apregoa a superação das regras pelos princípios. A melhor leitura que se deve fazer de sua obra é a de que os princípios podem ser utilizados para complementar e auxiliar o intérprete na solução dos casos difíceis e para limitar a discricionariedade do intérprete nos casos em que não há clara

regra para solucionar o caso, ou seja, justamente nos casos difíceis. Daí não ser correto sustentar que houve a superação das regras pelos princípios.

Por tudo isso, se mostra esclarecedora a observação que Lenio Luiz Streck faz sobre as críticas de Ronald Dworkin ao poder discricionário (em sentido forte) dos juízes conferido pelo positivismo de Herbert Hart:

Esclareça-se que, no Brasil, a discricionariiedade vai muito além do informado por Hart e pela crítica de Dworkin. Em qualquer “espaço” de sentido – vaguezas, ambiguidades, “cláusulas abertas” etc -, o imaginário dos juristas vê um infundável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete. Quando esse “espaço” se apresenta em dimensões menores, o intérprete apela para os princípios que funcionam como “axiomas com força de lei” ou enunciados performativos com pretensões corretivas, fazendo soçobrar até mesmo o texto constitucional. Isto é, em *terrae brasilis*, discricionariiedade quer dizer duas coisas: a) primeiro, um modo de superar o modelo de direito formal-exegético (e, infelizmente, acaba não passando disso); b) segundo, uma aposta no protagonismo judicial, considerado, assim, uma fatalidade (no fundo, Kelsen já havia pensado assim no Capítulo VIII de sua Teoria Pura do Direito)⁴⁶.

Em sede de conclusão ao tópico, é possível sustentar que ocorreu o aperfeiçoamento do positivismo no que se refere à neutralidade, à objetividade e à formalidade.

A interpretação é um ato de conhecimento e resultado dos desejos e inquietações do ser humano, mediado pelo ambiente no qual se encontra inserido e por suas pré-compreensões, não sendo correto tentar isolá-la, a interpretação, de todo pré-conceito como quis o Iluminismo.

Além disso, nem sempre a utilização do método, no caso, o método lógico-formal, é capaz de solucionar conflitos que não se encontram previstos na norma, e a diversidade de exemplos⁴⁷ podem ilustrar a necessidade de outros métodos para solução desses casos, mas isso não significa dizer que ocorreu a superação da subsunção pela ponderação como critério geral de interpretação e aplicação do direito, como explicado acima. Admitir a necessidade de aperfeiçoamento não é o mesmo que sustentar a substituição de um pelo outro, mas a possibilidade de coexistência e utilização da técnica do sopesamento somente nos *hard cases*. Só assim é possível uma recepção adequada da teoria de Ronaldo Dworkin e Robert Alexy.

Também se mostra razoável sustentar que surgiu a necessidade de aperfeiçoamento do formalismo positivista, em razão da inclusão contingencial⁴⁸ da moral como critério de validade e correção do sistema jurídico, mas isso não significa sustentar que a moral deve petrificar ou retirar a autoridade do Direito, principalmente substituir o critério moral escolhido pelo legislador, ou, em caso de omissão, impor a moral e os valores de quem está julgando ou

atuando e utilizar para justificar essa tomada decisão a maior liberdade conferida pela hermenêutica existencial ou pelo próprio pós-positivismo.

O mesmo não se pode dizer da segurança jurídica e da previsibilidade. Nesse aspecto, não houve sequer a necessidade de aperfeiçoamento ou melhoramento, quanto mais a superação, que vem sendo utilizada mais para justificar decisionismos e voluntarismos que propriamente demonstrar racionalmente as vantagens científicas e metodológicas trazidas pelo pós-positivismo no trato desses pilares. O que se verifica, e isso será possível comprovar através da análise de situações práticas, é a mera aplicação das ideias pós-positivas sem a demonstração cabal da insuficiência teórica positivista para regular a situação.

Assim agindo, além de evidente violação ao princípio da segurança e da previsibilidade, da separação dos poderes e do próprio Estado Democrático de Direito, ocorre uma indevida substituição da lei e da Constituição pelo voluntarismo e decisionismos do aplicador da lei, que, apesar de se utilizar das balizas da hermenêutica existencial, ainda continua a tratar o objeto interpretado, no caso, a lei, como se fosse vassalo de suas convicções, mesmo diante da nova visão filosófica que sustenta uma relação entre o intérprete e o objeto interpretado de paridade e nunca de sujeição, mediada pela linguagem, pelo círculo hermenêutico, pela historicidade e pelas pré-compreensões.

3. ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS QUE CONFIRMAM A TESE AQUI DESENVOLVIDA

Neste tópico, o objeto do trabalho é tentar demonstrar que estão sendo tomadas decisões que se utilizam do arcabouço teórico e filosófico do pós-positivismo sem a necessária demonstração da insuficiência da premissa do positivismo jurídico ou das regras postas para regular a situação.

Verificar-se-á, que, sem o amparo de um raciocínio epistemologicamente adequado, estão sendo tomadas decisões ao arrepio da própria regra jurídica, sem que seja declarada a sua inconstitucionalidade ou insuficiente para regular o caso. O que se verifica é um salto da regra para o princípio, como se isso fosse possível sem uma prévia e rigorosa exposição metodológica ou a mera referência a princípios fossem capaz de extirpar os vícios que contaminam essa decisão.

A primeira decisão a ser analisada se refere ao mandado de condução coercitiva do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva. O artigo 260⁴⁹ do Código de Processo Penal (CPP), além de duvidosa constitucionalidade⁵⁰, vem sendo aplicado indiscriminadamente e sem a presença

dos seus pressupostos fáticos autorizadores, quais sejam, a prévia intimação do investigado e a ausência injustificada à autoridade para prestar esclarecimentos. Justifica-se a sua imediata aplicação com fundamento no princípio da efetividade da persecução penal, mesmo existindo regra com a descrição fática e a consequência. Nessa descrição fática, não há nenhuma discussão acerca do alcance linguístico dessa regra, e mesmo assim sua aplicação é desprezada, passando a condução coercitiva a ser decidida por princípio, através da técnica do sopesamento de princípios (o da efetividade da persecução penal *versus* direitos e garantias fundamentais), mesmo não se tratando de um *hard cases*, que justificaria a aplicação da técnica do sopesamento ao invés da subsunção.

Da mesma forma, ocorreu com o mandado de condução coercitiva do professor cearense Valmir Pontes Filho, que também ocorreu ao arpejo da regra do artigo 260 do CPP. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)⁵¹ voltou a destacar a trivialidade das conduções coercitivas.

No Estado do Mato Grosso, as *Promotorias de Justiça da Infância e Juventude* realizaram uma audiência pública para tratar de evasão escolar e obrigou a presença de todos os pais sob pena de multa no valor de três a 20 salários-mínimos pelo descumprimento dos deveres do poder familiar e apuração de eventual crime de abandono intelectual, previsto no artigo 246 do Código Penal Brasileiro. Segundo as Promotorias, a convocação visava a atender aos artigos 129 e 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Embora a notificação expedida tenha sido fundamentada em artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Penal, uma leitura democrática dos citados artigos não autoriza a qualquer autoridade pública a impor o sentido que bem deseje ou utilizá-los para alcançar fins diversos dos perseguidos pela ordem jurídica. O simples fato de não comparecer a qualquer audiência pública sobre direitos e deveres dos pais não é suficiente para configurar o crime de abandono material, que não pode ser utilizado para demonstração de força ou poder.

4. CONCLUSÕES

O referencial teórico do pós-positivismo jurídico desenvolvido a partir do século XX não tem sido bem interpretado e aplicado pela doutrina e pelos operadores do Direito no Brasil. A partir da análise das decisões e dos posicionamentos mencionados no trabalho, é possível concluir, com certa dose de segurança, que essa corrente filosófica tem servido mais para ampliar o poder dos aplicadores do direito, principalmente dos juízes e membros do Ministério Público, do que para contorná-los ou mantê-los nos limites constitucionais.

O alargamento desenfreado na atuação do Poder Judiciário e a ausência de critérios e parâmetros objetivos para identificar e oferecer respostas adequados aos *hard cases* acabam por

malferir as balizas da segurança e da previsibilidade do Estado Democrático de Direito, e que o resultado dessa liberdade conferida ao aplicador do direito não tem proporcionado vantagens ou resultados positivismo que superem as constantes violações às citadas balizas.

A pesquisa realizada também demonstrou que a aplicação direta dos princípios a situações contempladas por regras tem sido tornado, indevidamente, critério geral de solução de conflito, mesmo quando a legislação infraconstitucional se mostra capaz de oferecer uma resposta justa, segura e previsível. Essa postura tem sido adotado mais por necessidade de demonstração de afirmação do poder do que propriamente em razão da insuficiência do positivismo jurídico. A utilização da teoria filosófica pós-positivista é apenas um meio para alcançar a finalidade maior, que são os voluntarismos e decisionismos.

A ideia extraída do pós-positivismo de que o cabe ao intérprete aproximar Ciência do Direito da realidade social para tentar corrigir as injustiças e atender aos anseios sociais não se mostra fundamento legítimo capaz de sustentar a substituição do texto da lei pela vontade do julgador ou do Ministério Público.

Por fim, a superação do texto normativo só pode ocorrer nas seis hipóteses descritas por Lenio Luiz Streck ou em caso de omissão, ocasião em que será possível decidir por princípios, tendo o julgador um ônus argumentativo superior ao exigido normalmente quando se decide por regras, e com a advertência de que o Estado Democrático de Direito não admite decisionismos ou voluntarismos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEX, Robert. **Conceito e validade do direito**. Org. Ernesto Garzón Valdés... (et al).; tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.

ABBOUD, Georges. Noções fundamentais sobre o pós-positivismo e direito. **Revista de Direito Privado**. Ano 14. vol. 53. jan.-mar./2013. Coor. Nelson Ney Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: RT, 2013.

ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”; ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março,

2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 01/05/2017. ISSN 1981-187-X. p.2.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo, Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional**: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional**: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto, BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23.2003.

BARZOTTO, Luís Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma contribuição a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Batista e apresentação de Alaôr Caffé Alves. 6.ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Fundamentos Epistemológicos do Direito Ambiental**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARNIO, Henrique Garbellini. **O que é Direito? Acepções teórico-filosóficas**. Temas aprofundados: magistratura. Coordenador Fernando da Fonseca Gajardoni. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais** 859. Ano 96. Volume 859. Maio de 2007.

MORAES, Germana. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

HARTE, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Pelelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão da tradução Marelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fonte, 2009. p. 265/266

LEITE, Gisele. Neopositivismo, Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: o Que Há Realmente de Novo no Direito? **Revista Síntese/IOB Direito Civil e Processual Civil**. RDC nº. 79. Set-Out/2012. São Paulo: Síntese, 2012.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Influências Materiais e Estruturais Sobre a Jurisdição Constitucional Brasileira. **Revista Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 12, n. 16, p. 232/257, jan./dez.2014.

LUNARDI, Fabrício Castagna;. A Hermenêutica dos direitos fundamentais à luz do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDC, 2012.

MARGARIDA, Maria Lacombe Camargo. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 2º ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2009. p. 192.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8.ed. Rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

GOMES, Ana Paula de Oliveira. O esforço de Kelsen para salvar o positivismo jurídico. **Revista Controle**. Ano 1, n. 1 (jun.1998). Fortaleza: Tribunal de Constas do Estado do Ceará. 1998.

MOTA, Marcel Moraes. **Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais**. Capítulo I: Pós-positivismo e direitos fundamentais. Fortaleza: OMNI, 2006.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006.

RODRIGUES, Douglas Alencar. Neopositivismo jurídico e neoconstitucionalismo. **Revista Ltr**, nº. 11, novembro de 2012, páginas 76-11/1286.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: Riscos e possibilidades. Leituras complementares de direito constitucional: Teoria da Constituição. Org. Marcelo Novelino. Salvador: Juspodivm, 2009.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Por que dogmática jurídica?** Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Portoo Alegre, 27: 59-86, Jul./Dez. 2008.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Fundamentos do ordenamento jurídico**: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível. Tese Doutorado. Universidade de Fortaleza, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Contra o neoconstitucionalismo. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2011. n° 4, jan-jun, p. 9-27 (página citada, 21/22).

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

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p. 169.

RODRIGUES, Douglas Alencar. Neopositivismo jurídico e neoconstitucionalismo. **Revista Ltr**, n° 11, novembro de 2012, páginas 76-11/1286.

¹FIGUEROA, Alfonso Gargía. La teoría del Derecho em tempos del neoconstitucionalismo. In CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Editorial Trotta: Madrid. 2009. p. 159-186.

²Fala-se em pouco defendida pelo fato de que o pós-positivismo não conseguiu superar o arcabouço teórico do positivismo, sendo por essa razão correto falar em positivismo inclusivo ou exclusivo, mas não em superação do positivismo jurídico.

³No sentido aqui desenvolvido, é a advertência do professor Juraci Mourão Lopes Filho, ao denunciar um problema que acomete o Direito Constitucional do Brasil e dos outros países periféricos, sobretudo da América Latina, consistente do costume de simplesmente importar para a sua realidade disposições e ideias de outras constituições, ignorando, na maioria das vezes, que foram formuladas e delineadas levando em consideração um particular contexto social e histórico e específicas características de cada país, de cada ordenamento.. *Influências Materiais e Estruturais Sobre a Jurisdição Constitucional Brasileira*, In **Revista Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 12, n. 16, p. 232/257, jan./dez.2014. p. 254.

⁴Nesse sentido, NERY JÚNIOR, ABBOUD Georges. Noções fundamentais sobre o pós-positivismo e direito. **Revista de Direito Privado**. Ano 14. vol. 53. jan.-mar./2013. Coord. Nelson Ney Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: RT, 2013. p.1

⁵BARZOTTO, Luís Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo; uma contribuição a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p.17.

⁶Na doutrina de ALEX, Robert, quem não atribui importância alguma à legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social e considera exclusivamente a correção material obtém um conceito de direito puramente jusnatural ou juracional. Quem segrega por completo a correção material, focalizando unicamente a legalidade conforme o ordenamento e/ou a eficácia social chega a um conceito de direito puramente positivista. No espaço compreendido entre esses dois extremos é possível conceber muitas formas intermediárias. *Conceito e validade do direito*. Org. Ernesto Garzón Valdés... (et al.); tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 15.

⁷Ob. cit. p.20

⁸BOBBIO, Norberto sustenta que toda norma pode ser submetida a três valores distintas e independentes, a saber, se é justa ou injusta, se é válida ou inválida ou se eficaz ou ineficaz, In *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Batista e apresentação de Alaôr Caffé Alves. 6.ed. São Paulo: Edipro, 2016. p. 45.

⁹BARROSO, Luís Roberto, BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23.2003. p. 277/278.

¹⁰Ob. cit. p.20

¹¹Nessa perspectiva, o problema sociológico importaria ao legislador, não à Ciência Jurídica, que já receberia a norma como produto elaborado. O ser guardaria relação com a natureza, sua regência ocorreria pela causalidade. Quanto à questão da justiça, seria problema da filosofia. Kelsen também afastou a problemática política do estudo jurídico. A teoria pura, não importava consideração de ordem teleológica ou axiológica, algo que deveria ser

tratado pela política jurídica. GOMES, Ana Paula de Oliveira. O esforço de Kelsen para salvar o positivismo jurídico. *Revista Controle*. Ano 1, n. 1 (jun.1998). Fortaleza: Tribunal de Constas do Estado do Ceará. 1998. p.186.

¹²LUNARDI, Fabrício Castagna;. A Hermenêutica dos direitos fundamentais à luz do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDC, 2012. p. 65.

¹³BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional**: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 24.

¹⁴MOTA, Marcel Moraes defende a tese, e essa é a conclusão extraída a partir da visão do autor deste trabalho, de que a superação do positivismo jurídico pelo pós-positivismo decorreu da rearticulação dos elementos morais, políticos e jurídicos na solução de problemas envolvendo os direitos fundamentais, de modo que não se concebe o direito como estritamente separado da moral. *In* Pós-positivismo e restrições de fundamentais. Capítulo I: Pós-positivismo e direitos fundamentais. Fortaleza: OMNI, 2006. p. 19. O ataque do citado autor, apesar de direcionado ao positivismo jurídico, parte de um falso pressuposto metodológico, qual seja, o de que o positivismo jurídico pretendia fazer uma abordagem prescritiva do direito (como ele deveria ser), quando, na verdade, o positivismo realiza uma abordagem descritiva do direito, como é. Discutir justiça, moral ética, filosofia, enfim, discutir um conceito ético ou valorativo do direito, não é tarefa do cientista do direito, mas do aplicador do direito.

¹⁵PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006.

¹⁶GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2004. p.18.

¹⁷A ciência pós-moderna encara o conhecimento como sendo aquele válido até que suas hipóteses sejam confirmadas ou rejeitas., sendo, pois, falível e falseável. Nesse sentido, BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Fundamentos Epistemológicos do Direito Ambiental*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 24. No mesmo sentido,

¹⁸SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Por que dogmática jurídica?** *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre*, 27: 59-86, Jul./Dez. 2008.

¹⁹LEITE, Gisele. Neopositivismo, Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: o Que Há Realmente de Novo no Direito? **Revista Síntese/IOB Direito Civil e Processual Civil. RDC nº. 79. Set-Out/2012. São Paulo: Síntese, 2012. p. 114.**

²⁰BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional*: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²¹RODRIGUES, Douglas Alencar. Neopositivismo jurídico e neoconstitucionalismo. *Revista Ltr*, nº. 11, novembro de 2012, páginas 76-11/1286.

²²SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Leituras complementares de direito constitucional: Teoria da Constituição*. Org. Marcelo Novelino. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 31/32.

²³Ob. cit. p. 33.

²⁴ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”; ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 01/05/2017. ISSN 1981-187-X. p.2.

²⁵Ob. cit. p.70/71.

²⁶Ob. cit. p. 12.

²⁷MARGARIDA, Maria Lacombe Camargo. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 137/138.

²⁸NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8.ed. Rev. e atual. São Paulo: Método, 2013. p. 185.

²⁹TAVARES, André Ramos. **Abertura epistêmica do direito constitucional**. Teoria da Constituição. Org. Marcelo Novelino. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 20/24.

³⁰Essa “superação” consiste no fato de o pós-positivismo jurídico conferir aos princípios normatividade jurídica, tratando-se como normas-princípios, GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p. 169. *In* SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Fundamentos do ordenamento jurídico**: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível. Tese Doutorado. Universidade de Fortaleza, 2009. p. 69. No mesmo sentido de que os princípios com o pós-positivismo passam a ser tratados como direito, BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 264.

³¹Para Robert Alexy, os princípios possuem uma dimensão de valor. Para o autor, princípios são mandamentos de um determinado tipo, a saber, mandamentos de otimização. Como mandamentos, pertencem ao âmbito deontológico. Valores, por sua vez, fazem parte do nível axiológico. Ob. cit. p. 146/147. Já para Ronald Dworkin, denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejada, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos

é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. *In* Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

³²LOPES FILHO, Juraci Mourão. Influências materiais e estruturais sobre a jurisdição constitucional brasileira. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 12, n. 16, p. 232-257m jan./dez.2014. p. 246.

³³STRECK, Lênio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2011. n° 4, jan-jun, p. 9-27 (página citada, 21/22).

³⁴NOVELINO, Marcelo. Ob. cit. p.199.

³⁵O citado autor destaca que a ainda predominante concepção da norma como comando pronto, juntamente com seu contexto positivista, corre igualmente o risco de confundir norma e texto jurídico, ou então de partir do princípio de que o teor de validade da disposição legal seria fundamentalmente adequado e estaria suficientemente presente no texto, *in* **Teoria Estruturante do Direito**. 2º ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2009. p. 192.

³⁶Carnio, Henrique Garbellini. **O que é Direito? Acepções teórico-filosóficas**. Temas aprofundados: magistratura. Coordenador Fernando da Fonseca Gajardoni. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p.462.

³⁷Ob. cit. p.82.

³⁸RODRIGUES, Douglas Alencar. Neopositivismo jurídico e neoconstitucionalismo. **Revista Ltr**, n° 11, novembro de 2012, páginas 76-11/1286.

³⁹Ob. cit. p. 168.

⁴⁰HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais** 859. Ano 96. Volume 859. Maio de 2007.p. 88.

⁴¹Esse é o entendimento de MORAES, Germana. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 23-24

⁴²ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 179.

⁴³ALEX, Robert, Ob.cit.p.179

⁴⁴Ob. cit. p. 18/19.

⁴⁵DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 37.

⁴⁶STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 43.

⁴⁷No julgamento do *Habeas Corpus* n°. 8.242 a discussão residuiu em saber se o Livro Holocausto Judeu ou Alemão” - Nos bastidores da Mentira do Século” estava no âmbito de proteção da liberdade de expressão ou caso de prática de racismo; no julgamento do HC 71373-4, em que se decidiu o conflito entre o direito à intangibilidade física do corpo (na hipótese se recusa a realizar o exame), e o direito à real identidade da criança;

⁴⁸Diferentemente de Ronald Dwokin, HARTE, Herbert L. A. sustenta que não há uma aproximação necessária entre o direito e a moral, mas contingencial. *In* O conceito de direito. Pós-escrito organizado por Pelelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão da tradução Marelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fonte, 2009. p. 265/266. Por essa, é considerado um positivista inclusivo/moderado.

⁴⁹CPP, art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença. Parágrafo único. O mandado conterà, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no art. 352, no que lhe for aplicável.

⁵⁰Segundo a doutrina dominante, o artigo 260 do CPP viola diversas garantias fundamentais, tais como a presunção de inocência, o direito ao silêncio, o direito a não produzir prova contra si mesmo, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e o sistema acusatório. Por todos, STRECK, Luiz Lenio, *in* Abuso e inconstitucionalidade/ilegalidade das conduções coercitivas. Acesso em 17/06/2017, <http://www.conjur.com.br/2017-mar-02/senso-incomum-abuso-inconstitucionalidadeilegalidade-conducoes-coercitivas?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter>.

⁵¹Disponível em: <http://www.opovo.com.br/jornal/politica/2017/06/oab-nacional-sai-em-defesa-de-advogado-cearense-na-expresso-150.html> Acesso em: 02 julho 2017.