

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II**

**ANDREA ABRAHAO COSTA**

**PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS**

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

#### **Diretoria – CONPEDI**

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

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

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

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

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

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

#### **Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

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

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

#### **Secretarias:**

##### **Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

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

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

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

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

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

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

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

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

---

C755

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Andrea Abrahao Costa; Paulo Roberto Barbosa Ramos. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-687-1

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

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa  
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis  
Santa Catarina – Brasil  
[www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br)



Universidade do Vale do Rio dos Sinos  
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil  
<http://unisinov.br/novocampuspoa/>

# XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

## CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

---

### **Apresentação**

Constituição e Democracia II, coletânea de artigos apresentados durante o XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Porto Alegre, de 14 a 16 de novembro de 2018, apresenta uma qualificada síntese sobre as principais discussões travadas atualmente no Brasil que orbitam em torno dos significantes constituição e democracia. Todos os artigos apresentados possuem conexão direta ou indireta não somente com o tema central da coletânea, mas também entre si, uma vez que estão comprometidos com mecanismos voltados a garantir a perenidade do texto constitucional de 1988 e a criar tanto condições para um processo maior de participação dos cidadãos no processo decisório, quanto reais condições materiais para que aquele ultrapasse a linha do formal. Pois bem. Os artigos tratam da tecnologia para garantir o controle do desempenho da atividade parlamentar, como também a respeito do princípio federativo, essencial para a descentralização do exercício do poder, notadamente em países com grandes extensões territoriais e diversidade culturais, como é o caso do Brasil; globalização e democracia, fenômeno que tem impactado sobremaneira na dinâmica de vida de todos os povos do planeta; ativismo judicial, questão que assumiu grande relevância na sociedade brasileira diante da atuação questionável do Supremo Tribunal Federal, que se impôs, nos últimos anos, como árbitro de crises políticas nacionais, ocasionadas por certas incoerências decorrentes do próprio texto constitucional e de atitudes não aceitáveis de agentes do executivo e legislativo; direitos humanos, temática de grande relevância para a garantia da dignidade da pessoa humana, mas que precisa ser melhor trabalhada e compreendida na sociedade brasileira, de modo a garantir de forma efetiva a integridade moral e física do ser humano e, finalmente, a experiência de nações mais desenvolvidas, a exemplo dos EUA, que lançaram mão da Suprema Corte para desempenhar, dentro de um Estado Federal, mecanismo de controle em relação aos poderes tirânicos eventuais do executivo, legislativo ou mesmo de maiorias ocasionais. Portanto, todos os artigos estão sintonizados com as preocupações do nosso momento histórico, razão pela qual devem ser lidos com atenção, de modo a tornar os debates sobre as questões abordadas ainda mais qualificados.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos – UFMA

Profa. Dra. Andrea Abrahao Costa – FESPPR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.  
Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**POSITIVISMO JURÍDICO PRESCRITIVO E CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO: PONTOS DE APROXIMAÇÃO E DISTANCIAMENTO NO QUE CONCERNE AO ATIVISMO JUDICIAL**

**PRESCRIPTIVE LEGAL POSITIVISM AND HERMENEUTICAL CRITIQUE OF LAW: PROXIMITIES AND DISAGREEMENT REGARDING JUDICIAL ACTIVISM**

**Carlos Eduardo de Oliveira Alban <sup>1</sup>**  
**Gabriele Zini de Oliveira <sup>2</sup>**

**Resumo**

Debater sobre a efetivação dos direitos das minorias suscita o questionamento do grau de legitimidade democrática das decisões majoritárias. Dentre as teorias que se debruçam sobre essa realidade, encontra-se o positivismo jurídico prescritivo de Jeremy Waldron, Tom Campbell e Frederick Schauer. Nesse contexto, propõe-se um diálogo com a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, ao se ter como ponto de encontro a crítica aos abusos do Judiciário no momento da decisão. Assim, é questionado em que sentido essas teorias opõem-se à extrapolação dos limites do Judiciário ao interpretar a norma, considerando-se os seus pontos de aproximação e de distanciamento.

**Palavras-chave:** Positivismo jurídico prescritivo, Ativismo judicial, Crítica hermenêutica do direito, Discricionariedade, Decisão judicial

**Abstract/Resumen/Résumé**

The debate about the rights of minorities raises the question of the democratic legitimacy of majority decisions. One of the theories that deal with this reality is the prescriptive legal positivism of Jeremy Waldron, Tom Campbell and Frederick Schauer. In this context, this paper aims to propose a dialogue between these authors and the Hermeneutical Critique of Law founded by Lenio Streck, having as meeting point the criticism of abuses of the Judiciary. Thus, it is questioned in what sense these theories oppose the extrapolation of the limits of the Judiciary when interpreting the norm, considering its proximities and disagreements.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Prescriptive legal positivism, Judicial activism, Hermeneutical critique of law, Discretion, Legal decision

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Público pela UNISINOS

<sup>2</sup> Mestranda em Direito Público pela UNISINOS

## 1 INTRODUÇÃO

Sem dúvidas, um dos debates mais marcantes da esfera jurídica contemporânea gira em torno do ativismo judicial e a eminente ameaça de seu emprego frequente para o equilíbrio de poderes, algo imprescindível dentro de um Estado Democrático de Direito. Dissertar sobre os limites do poder conferido aos julgadores é, classicamente, tratar da Lei como consagração das garantias de todo cidadão contra as arbitrariedades do Estado.

Contudo, outro aspecto importante da norma que não se pode perder de vista é a sua função de estipular as regras do jogo para os próprios particulares, ao passo que confere aos administrados previsibilidade das implicações jurídicas das suas condutas e, no fim, segurança jurídica. Assim, reforçam-se as acepções contratuais da Lei como fruto de um acordo de vontades dentre os participantes de um regime democrático, seja ou não materializado através de seus representantes.

Entre as diversas possibilidades teóricas de entender o Direito, encontram-se os defensores do chamado positivismo jurídico contemporâneo ou pós-Hartiano, os quais comumente são classificados em três grandes grupos teóricos que retomam – de alguma forma – as teses de Herbert Hart e os seus embates com Ronald Dworkin: os positivistas exclusivos, os positivistas inclusivos e os positivistas normativos.

Para o objetivo da presente investigação científica, o foco será dado a esse terceiro grupo teórico, o qual também recebe os nomes de positivismo prescritivo, ético ou presuntivo, a depender de como identifica cada autor. Nesse ínterim, busca-se estabelecer um diálogo entre essa escola e a Crítica Hermenêutica do Direito fundada por Lenio Streck, ao se ter como norte o ponto de encontro de ambas as correntes na crítica aos abusos do Poder Judiciário no momento da decisão, muitas vezes justificados pela suposta discricionariedade conferida ao intérprete.

Na esteira das discussões acerca da discricionariedade e do grau de indeterminação da norma, a escolha pelas correntes positivistas justifica-se pelo seu potencial pouco aproveitado para questionar a prática de os magistrados decidirem conforme o seu “livre convencimento”, principalmente por fundamentar a natureza do Direito em convenções ou fatos sociais antecedentes. Contudo a posição absenteísta em relação a uma “Teoria da Decisão” parece ser uma falha teórica insuperável das duas primeiras correntes. As lacunas presentes na lei dão, bem ou mal, espaço para

um agir discricionário do juiz, que, muitas vezes, caminha em sentido oposto ao que foi estabelecido normativamente em uma comunidade através de sua regra de reconhecimento, como teoriza Hart.

O problema dessa excessiva ênfase em aspectos abstratos do Direito é que ela acaba desviando o foco dos aspectos mais relevantes do cotidiano jurídico, a exemplo das decisões judiciais. Assim – sob a defesa de que não seria objeto central do cientista do Direito discutir um dever moral do juiz – tanto os exclusivos, como os inclusivos acabam por se abster das discussões dessa natureza, mesmo que se advogue que não há, nas teorias, uma depreciação do empreendimento de valoração moral pós-descritivo daquilo que foi angariado como juridicamente vinculante em um primeiro momento.

A despeito de todas as três escolas terem em comum a valorização de uma postura descritiva moralmente desengajada acerca da natureza do Direito, corolária da Filosofia Analítica, os positivistas normativos inovam ao estabelecer igual ou maior importância a uma atitude prescritiva diante da norma. Nesse sentido, teóricos como Jeremy Waldron, Tom Campbell e Frederick Shauer mostram-se menos interessados no embate que positivistas jurídicos exclusivos e inclusivos travam em torno da separação conceitual do Direito com a Moral, seja para permitir ou não a sua inclusão. Em contrapartida, esse grupo apresenta-se mais voltado para questionar a garantia da legitimidade democrática e funcionamento das instituições.

Ressalta-se, ainda, que – antes de qualquer coisa – ao se abordar algum tema do positivismo jurídico, é necessário considerar a existência de vários teóricos que carregam essa designação, com similitudes e diferenças entre si, as quais costumam ser confundidas a ponto de dificultarem o entendimento de alguns dos seus conceitos. É bastante corriqueiro o equívoco de resumir o positivismo à expressão “juiz boca da lei”, fruto da concepção inicial dessa matriz teórica que teve sua razão histórica atrelada à Escola de Exegese. Essa premissa, seguramente, não demonstra a ampla complexidade e o desenvolvimento histórico do positivismo enquanto “teoria explicativa do fenômeno jurídico”, que perpassa autores clássicos como Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen e Herbert Hart – somente para citar alguns.

Tecidas as referidas considerações, o presente trabalho iniciar-se-á abordando de que forma se deu a construção das bases teóricas clássicas do positivismo jurídico, a fim de firmar, de maneira mais eficiente, o panorama de

desenvolvimento das suas principais escolas. Em sequência, serão exploradas mais a fundo as concepções de Waldron, Campbell e Schauer diante das tarefas descritiva e prescritiva do cientista do Direito. Por fim, estabelecer-se-á a crítica de Lenio Streck aos limites do poder interpretativo dos juízes, ao passo em que serão apresentados pontos de contato e distanciamento da sua teoria com os outros três autores em torno da questão.

## **2 AS BASES HISTÓRICAS DO POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO EM MEIO AO CONFLITO ENTRE DIREITO E MORAL**

Entende-se por positivismo a postura científica consolidada no século XIX que se volta para os fatos, ou seja, para aquilo que é passível de ser mensurado, contado, pesado e que, no fim das contas, tem sua essência definível por meio de um experimento e rigor metodológico. Apesar dessa corrente de pensamento ter tido origem nas ciências naturais, o ideal de precisão e certeza acabou também influenciando, de alguma forma, os pensamentos dos autores das ciências humanas, inclusive a teoria jurídica. Nesse sentido, o positivismo jurídico nasce com a grande pretensão de distanciar-se do pensamento jusnaturalista a partir de uma tentativa de trazer imperatividade e cientificidade ao teor da lei criada pelos homens, livrando a teoria jurídica dos elementos místicos de outrora.

Nas palavras de Lenio Streck (2010, p. 160), tem-se que, no âmbito do Direito, o positivismo será encontrado – num primeiro momento – no produto do Parlamento, ou seja, nas leis e, mais especificamente, em todo o processo de codificação. O autor destaca que esse legalismo assume tons distintos em diferentes tradições jurídicas, a exemplo do positivismo inglês, de cunho utilitarista, do francês, no qual é predominante um pensamento exegetico e do alemão, no interior do qual é possível perceber o florescimento do chamado formalismo conceitual que se encontra na raiz da chamada jurisprudência dos conceitos.

As realidades francesa e alemã possuíam notória influência de uma forma peculiar de se estudar e ensinar as bases do Direito Romano. Esse modo operacional de lidar com o Direito acaba por dar origem ao chamado “exegetismo” e a uma consequente fixação dos estudos, nesses países, em torno de um texto específico, o qual era, no período anterior à codificação, o *Corpus Juris Civilis* romano. Desse

modo, aquilo que não poderia ser resolvido pelo Direito Comum, teria a sua solução guiada por critérios oriundos da autoridade dos estudos sobre o Direito Romano, sendo, no caso, os comentadores ou glosadores (STRECK, 2010, p. 160).

A principal característica desse primeiro momento do positivismo jurídico, chamado por Streck de positivismo exegético, é uma análise sintática que parte da premissa de que a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a “obra sagrada” (Código) seria suficiente para resolver o problema da interpretação do Direito. Dessa maneira, “conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso que representariam as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas” (STRECK, 2010, p. 161).

Apesar dessas manifestações mais antigas da cariz positivista, é possível dizer que o positivismo jurídico, no seu sentido contemporâneo, somente conseguiu se estabelecer com a teoria jurídica de Jeremy Bentham, “que teve o grande mérito de trazer as discussões acerca da natureza do direito para o centro dos debates sobre a argumentação jurídica e a atividade normativa do poder judiciário” (BUSTAMANTE, 2015, p. 310).

Bentham inaugura, claramente, duas teses centrais do positivismo jurídico que também estarão presentes em diversos autores que o sucedem. A primeira, a tese das fontes sociais, estabelece que toda norma jurídica tem seu caráter determinado por suas fontes ou por sua origem. Já a segunda, a tese da separabilidade entre direito e moral, representa o caráter jurídico de uma norma independente de sua correção moral. É esse propósito de descrever a natureza da norma jurídica e estabelecer os limites científicos que a separa das normas morais que é a essência da maioria das vertentes do positivismo jurídico, as quais podem ser enquadradas dentro do gênero descritivo (BUSTAMANTE, 2015).

Muito da contribuição de Bentham para o positivismo jurídico atual carrega consigo proposições teóricas que visam frear o autoritarismo dos governantes e demais aplicadores da lei, que acabam por sobrepor os seus valores morais à lei. Na releitura de Thomas Bustamante (2015) acerca do trabalho do jusfilósofo inglês, as teses “das fontes sociais” e da “separabilidade entre o direito e a moral” eram as

únicas que poderiam oferecer, à época, uma concepção de juridicidade viável e respeitar o seu critério fundamental de racionalidade para um sistema jurídico.

Desse modo, o positivismo permitiria “a construção de uma teoria que faz o conteúdo do Direito não depender das preferências morais dos juízes e que é capaz de preservar o princípio da segurança jurídica e da certeza do direito, já que contém um critério objetivo para identificar o direito de forma clara” (BUSTAMANTE, 2015, p. 312).

É seguindo essa evolução do rigor lógico empregado na teoria juspositivista que se estabelece o positivismo normativista de Hans Kelsen, em meio ao crescimento do poder regulatório do Estado das décadas de 30 e 40. Todavia, com a insuficiência dos modelos sintático-semânticos de interpretação da codificação propostos pela Escola de Exegese, o problema da indeterminação do sentido do Direito ressurge (STRECK, 2010, p. 161).

A partir desse contexto, Kelsen objetiva reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico propagado pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre, as quais favoreciam o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do Direito (STRECK, 2010).

Nesse sentido, para solucionar o problema de interpretação do Direito, Kelsen desloca a ênfase nos aspectos sintáticos do texto para a semântica. Portanto, para o autor:

[...] não faz qualquer sentido se tentar construir uma teoria geral da interpretação que almeje fornecer “métodos” ou “cânones” de interpretação, já que todos esses métodos são arbitrariamente escolhidos pelo intérprete autêntico do direito e levam invariavelmente a soluções contraditórias. A escolha entre as interpretações semanticamente permitidas para um documento normativo é, por conseguinte, um ato exclusivamente político, que se situa fora do objeto da ciência do direito (BUSTAMANTE, 2015, p. 314).

Outro jurista que contribuiu bastante para as novas escolas do positivismo é Herbert Hart, com a sua teoria jurídica classificada como uma “sociologia descritiva”. A tese central, aqui, é a norma jurídica como uma “norma social” cuja normatividade “deriva da aceitação, por parte dos agentes dotados de autoridade para aplicar o direito, de uma convenção básica (a regra de reconhecimento) acerca dos critérios fundamentais de validade para uma norma jurídica” (BUSTAMANTE, 2015, p. 315).

Hart (1994), logo no início de seu mais conceituado livro, *O conceito de Direito*, reconhece algumas crenças estranhas e paradoxais, ao passo em que indaga a respeito das afirmações e negações costumeiras relativas à natureza do Direito. Nesse sentido, ao se analisar a essência do Direito, nos sentimos tentados a considerar, com toda convicção, quais leis são direito, pelo menos uma espécie de Direito, ainda que haja outras. Do mesmo modo, criamos a certeza de que o Direito não pode ser apenas o que os funcionários (*officials*) fazem ou os tribunais farão, uma vez que é preciso uma lei para criar um funcionário ou um tribunal. Frisa-se que o poder dos juízes deriva necessariamente de uma autorização legal prévia que estabelece os contornos de sua interpretação e atuação.

Conforme bem pontua Streck (2017), a grande falha de Hart é conferir excessiva margem de fundamentação teórica para as decisões judiciais. Assim, devido ao seu ceticismo perante as regras e a abordagem da “textura aberta do direito”, a proposta acaba recrudescendo porque o alcance de sua teoria não chega ao enfretamento do problema interpretativo. Acaba recaindo em uma radicalização da “perspectiva do observador”, quando explica as diversas possibilidades de decisão dos casos abrangidos pela “zona de penumbra” a partir da tese da discricionariedade e que acabou resultando na possibilidade do judiciário decidir conforme sua consciência.

Contudo, Hart chega a reconhecer que, caso a discricionariedade venha a ser exercida de maneira extrapolada e irracional, há a possibilidade de que a mesma alcance um território arbitrário (GERVASONI; BOLESINA, 2015), sendo essa distinção marcada por uma linha tênue. Essa é uma visão compartilhada por Streck (2017), quando o mesmo avalia o cenário jurídico brasileiro, no qual o sentido da discricionariedade percebido em Hart vai muito além, pois em qualquer ‘espaço’ de sentido, ou seja, em meio às vaguezas, ambiguidades, cláusulas ‘abertas’ etc., o imaginário dos juristas vê um infundável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete.

Uma teoria baseada na Filosofia Analítica, como o positivismo jurídico, serve como uma possibilidade de afastamento das paixões do teórico e do julgador, através da descrição do Direito como ele é, e não como ele deve ser. Nesse ínterim, aponta Bruno Torrano (2013, p. 58) como vantagem da Jurisprudência Analítica e, por derivação, do Positivismo Jurídico Radical:

[...] não estar ocupada(o) com valores no momento da descrição do Direito. É um raciocínio analítico que permite ao capitalista reconhecer a existência do Direito em sociedades socialistas, e descrever o seu conteúdo, mesmo que não concorde. Igual raciocínio é arquitetado pelo defensor dos direitos humanos que, ao ver leis estadunidenses determinando a pena de morte, identifica-as como Direito, apesar da sua notória injustiça (TORRANO, 2013, p. 58).

O Positivismo Jurídico Radical (exclusivo) identifica o Direito a partir da forma como se manifesta, ou seja, através dos fatos sociais dotados de alguma característica especial que podem ser percebidos por uma pesquisa empírica. Entretanto, isso não significa que o conteúdo do Direito não seja importante ou que não se deve perseguir a Justiça. Do mesmo modo que já ressaltava Kelsen, uma sociedade moralmente próspera é um objetivo válido no plano político, mas é falso acreditar que o Direito só tenha prestado, historicamente, para fins positivos ou que, no fim, a moral seja algum critério jurídico de validade (TORRANO, 2013, p. 58-59).

Ademais, positivistas jurídicos de matriz essencialmente descritiva defendem a existência de uma discricionariedade do juiz, na proporção em que estabelecem um grau forte e fraco para a sua manifestação. A ideia central é que, na versão “forte”, o aplicador da norma estaria obrigado por poucos ou quase nenhum critério normativo, tendo amplo poder criativo. Na discricionariedade “fraca”, por sua vez, haveria diversos critérios normativos, hermenêuticos, argumentativos, racionais, entre outros, que, pelo menos em teoria, tentam preservar a intencionalidade normativa do sistema, ao partir de argumentos que conseguem ser constitucionalmente justificados. Contudo, em nenhum dos casos existe carta aberta ao magistrado (TORRANO, 2013, p. 61-62).

Ao partir da teoria de Scott Shapiro para se defender da acusação de que a discricionariedade inevitavelmente conduz a posturas arbitrárias, Torrano (2013, p. 62) aduz que o Direito é um planejamento social, e, como tal, manifesta-se, nas nossas democracias atuais, principalmente por meio da ação política de representantes eleitos. Logo, não há nada que justifique que magistrados possam romper ou violá-lo a seu gosto pessoal. Nenhum tipo de indeterminação semântica da norma lhes confere o poder de fugir dos seus limites, o que muitos positivistas chamam de “molduras”.

Depois de realizadas essas considerações gerais a respeito do contexto geral de surgimento, fortalecimento e desmembramento das escolas do positivismo jurídico, a próxima seção será destinada ao principal referencial teórico do trabalho. Para tanto,

será necessária uma análise mais detalhada das proposições teóricas dos seus dois principais autores: Jeremy Waldron e Tom Campbell, além das considerações críticas e investigações históricas de Frederick Schauer relativas aos trabalhos de Jeremy Bentham e John Austin.

### **3 O POSITIVISMO JURÍDICO PRESCRITIVO E A RETOMADA AOS CLÁSSICOS**

Conforme foi possível se observar, mesmo seguindo – em diferentes graus – as ideias de Hart acerca da natureza do Direito, divergências teóricas entre autores positivistas contemporâneos levam à sua classificação habitual em três grandes correntes teóricas: o positivismo exclusivo, inclusivo e normativo. Os dois primeiros podem ser enquadrados dentro do gênero “positivismo descritivo”, na medida em que têm como propósito central a busca por uma descrição da essência do Direito como uma ciência autônoma, sendo essa a incumbência do cientista do Direito. Uma consequência dessa postura é que discutir a natureza das decisões ficaria fora da alçada desse profissional.

A vertente normativa inova ao retomar o interesse teórico do positivismo para a relação entre Direito e Política, um pilar essencial de qualquer regime democrático. Esse é um dos motivos de a corrente também poder ser igualmente chamada de positivismo jurídico prescritivo. Nesse ínterim, a teoria positivista deve, além de descrever o Direito, defender e primar por ideias elementares de justiça. Por conseguinte, há em meio a essa corrente normativa uma preocupação de como o Direito deve ser construído. Nesse sentido, a dicotomia de um Direito natural de um lado e um Direito positivo de outro não é considerada tão relevante (WALDRON, 2001, p. 418).

A despeito de sua oposição relativa ao foco da teoria positivista, os normativos não chegam a rejeitar a importância da tarefa descritiva do teórico. Afinal, definir quais são as fontes do Direito também é imprescindível dentro de um sistema democrático no qual competem interesses econômicos, políticos ou religiosos. A pretensão desses autores é dar maior eficácia aos valores associados ao Direito, como a juridicidade e o Estado de Direito, de modo que os mesmos podem ser mais bem alcançados se a operação ordinária de tal sistema não exigir que as pessoas realizem valorações morais para se saber o que é o Direito (WALDRON, 2001, p. 421).

Portanto, positivistas prescritivos como Waldron ou Campbell buscam “reabilitar” o positivismo ao enfatizar os “fortes aspectos normativos” de suas teses principais que ficaram – de certo modo – esquecidos no tempo. Nesse ponto, o entendimento é de que motivações pautadas em certos valores morais e preocupações políticas não seriam incompatíveis com as teses fundamentais do positivismo jurídico de Bentham e Austin (BUSTAMANTE, 2015).

É essa a percepção que conduz Frederick Schauer à sua releitura do positivismo antes de sua inevitável associação a Hart. Logo no resumo do seu artigo *Positivism before Hart (2010)*, o jurista norte-americano sublinha sua intenção de cuidadosamente examinar os escritos e motivações de Bentham e Austin. O resultado da sua investigação o conduz a suficientes bases históricas que sustentem uma versão normativa do positivismo ou, até mesmo, uma versão mais focada no processo de tomada de decisão jurídica. Ainda, mesmo suposições recorrentes como o compromisso exclusivo do positivismo jurídico ser a criação de uma teoria sobre a natureza do Direito devem ser revistas.

Portanto, tem-se que entender a tradição positivista como sendo mais normativa ou mais focada na adjudicação do que permitem as interpretações contemporâneas não seria um equívoco histórico ou filosófico. Do mesmo modo, proceder dessa maneira não significa ignorar as múltiplas importantes manifestações atuais do positivismo jurídico. Adotar o positivismo normativo seria, no fim, apostar numa vertente “com distinta proveniência histórica, considerável importância prática contemporânea e coerência analítica substancial” (SCHAUER, 2010, p. 05, tradução livre).

Na esteira da sua análise sobre essa pretensão dual desde a origem do positivismo jurídico, Schauer reforça que mesmo que fosse possível descobrir e descrever o conceito de Direito a partir de uma posição valorativa neutra de análise, a pretensão normativa continuaria sendo relevante. Assim, persistiria a razão de considerar se o conceito que acaba de ser descrito “deve ser endossado ou condenado; promovido ou restringido; modificado ou perpetuado” (SCHAUER, 2010, p. 16).

Ao abordar o chamado positivismo decisional (ou formalismo) – uma visão que enfatiza regras precisas com fontes facilmente identificáveis, a qual foca no design das instituições jurídicas e nos procedimentos de tomada de decisão – Schauer

(2010, p. 13) considera que Bentham compartilhava de visões similares. Essa característica pode ser percebida desde as preocupações do autor com as reformas normativas. De modo menos óbvio, Austin também se colocava na mesma direção em razão de sua visão favorável à codificação.

Na visão formalista, um sistema só poderia ser descrito como positivista caso se baseasse em estatutos – precisos/não vagos – ao invés de ter como base o *common law*. Ainda, caso ele limitasse a discricionariedade judicial e se o seu domínio de fontes jurídicas aceitáveis fosse uma pequena porção do leque de fontes sociais aceitáveis. Por fim, esse selo só seria conferido àqueles sistemas onde os julgadores entendem que a sua tarefa é tomar decisões baseadas num conjunto limitado de normas com *pedigree*, ao contrário de posturas amplas de *policy*, moralidade e pragmatismo (SCHAUER, 2010, p. 14).

Em síntese, Schauer (2010, p. 15, tradução livre) descreve o positivismo decisional como tendo uma dupla dimensão normativa e descritiva:

[...] normativamente, é uma reivindicação para que os sistemas jurídicos sejam arquitetados no sentido de minimizar a discricionariedade dos juízes, oficiais de polícia e outros *officials*, e descritivamente é a métrica por meio da qual sistemas jurídicos reais podem ser caracterizados. Descritivamente, portanto, o extremo do estereótipo ideal *civil law*, melhor caracterizado pelas aspirações de Bentham do que por qualquer país real de matriz *civil law*, representaria o polo extremo do positivismo decisional, e um sistema jurídico permeado por métodos *common law*, instrumentalização, e anti-formalismo, indiscutivelmente instanciado nos Estados Unidos contemporâneos, representaria o polo oposto do positivismo decisional mínimo.

Bentham foi um veemente crítico do Direito existente. O *common law*, em especial, era para ele algo maldito, bem como a legislação judicial. Essa sua cruzada contra o direito inglês reflete o seu desejo de reformar a substância e a estrutura do seu ordenamento jurídico pátrio. Schauer (2010, p. 21) considera que era essa agenda normativa do autor a força motriz do seu desejo por descrever a natureza do Direito, estando bem longe de representar um papel secundário.

Do mesmo modo, o seu conhecido sentimento de escárnio por juízes munuiu a defesa de Bentham pelos códigos, pelo *civil law* e, no fim, por um sistema no qual a discricionariedade judicial fosse minimizada. Por esse ângulo, era característica dos códigos benthamistas a tentativa de evitar que quem decida se utilize de juízos políticos, morais ou econômicos nos casos individuais. Logo, o processo judicial de

*decision-making* era quase inexistente, uma vez que era limitado à aplicação de textos linguisticamente claros a eventos particulares (SCHAUER, 2010, p. 22).

Austin, por sua vez, pode ser considerado como alguém que tinha pretensões descritivas puras, muito embora ainda possam ser observados certos interesses normativos subjacentes. Nesse sentido, o seu utilitarismo costumeiro estaria na base da sua Teoria do Direito, à proporção que também facilitava a sua posição favorável à reforma da Lei e à codificação (SCHAUER, 2010, p. 21).

Ressalta-se que o autor inicialmente divergia de Bentham quanto à natureza da legislação judicial como fonte do Direito, sendo favorável a considerá-la válida. Contudo, no decorrer da sua pesquisa, Austin passa, cada vez mais, a se aproximar da posição de Bentham de não ver com bons olhos a atitude legislativa dos juízes e de primar pela codificação legislativa, apesar de não chegar a achar que a *judicial legislation* deveria ser extinta como o segundo (SCHAUER, 2010, p. 22).

No fim, Austin pensava que a legislação judicial deveria ser bem específica e de discricionariedade restritiva. E – mais importante que isso – o autor assumia que esse tipo de lei poderia (e deveria) ser diminuído, no momento em que o Parlamento passasse a legislar de maneira mais clara, precisa e compreensiva (SCHAUER, 2010, p. 23).

Até mesmo Hart é apontado por Schauer como alguém que já apresentou posturas prescritivas. Nesse contexto, retoma-se o debate do jusfilósofo inglês com Lon Fuller no qual Hart considera que entender o Direito por um viés positivista não é vantajoso para a sociedade simplesmente pelo fato de o Direito e a Moral serem distintos. Na realidade, o benefício dessa separação é o “encorajamento do bem social de desobediência às leis ruins” (SCHAUER, 2010, p. 18).

Essa posição – quase comercial – de tentar vender a sua teoria como a mais proveitosa e benéfica para a sociedade é uma constante que não apenas marca os positivistas clássicos como Bentham, Austin e Hart, como também o positivismo jurídico normativo de Waldron e o positivismo jurídico ético de Campbell. O cerne da postura normativa é incitar os teóricos a escolher, promover, endossar ou encorajar o positivismo por razões diferentes da sua acurácia descritiva (SCHAUER, 2010, p. 18).

Jeremy Waldron é, sem dúvidas, o mais influente entre esses autores. São famosos os seus diálogos críticos com Ronald Dworkin a respeito das decisões

judiciais. Nesse sentido, é marcante a sua valorização das decisões majoritárias como uma forma de respeito aos indivíduos, sendo a Lei a síntese desse acordo:

[...] em primeiro lugar, respeita suas diferenças de opinião sobre a justiça e o bem comum: não exige que ninguém desista de um ponto de vista que sustenta sinceramente ou que ele seja silenciado por causa da importância imaginária do consenso. Em segundo lugar, incorpora um princípio de respeito a toda pessoa no processo pelo qual se decide sobre uma concepção que deve ser adotada como a nossa, mesmo diante dos desacordos (WALDRON, 1999, p. 109).

Em decorrência da natureza do processo de sua elaboração, a defesa de Waldron da dignidade da legislação como ideal democrático por excelência é marcante, a ponto de o autor tratar as votações dos tribunais com certo deboche:

[...] mas a contagem de votos se parece mais com o lançamento de uma moeda ao ar do que ao exercício da razão e do intelecto que caracteriza a consagração de outras fontes do direito como, por exemplo, o desenvolvimento de uma nova doutrina, um princípio ou uma exceção nas deliberações de um tribunal. Como podemos esperar, então, que a legislação seja levada a sério quando para determiná-la recorreremos a este método aparentemente arbitrário? (WALDRON, 1999, p. 89).

Salienta ainda Waldron (1999, p. 90-91) que, mesmo que os juízes de um tribunal decidam mediante uma votação por decisão majoritária realizada entre os seus membros, “a diferença entre o Parlamento e o tribunal consiste em quem elegeu seus membros e não no método de decisão utilizado”. Nesse ponto, mostra-se claro o déficit democrático do Judiciário, uma crítica veemente do positivismo normativo.

Algumas das características mais marcantes – e, talvez, mais idealistas – do positivismo jurídico ético de Campbell é a exigência de praticantes éticos e de uma sagaz atividade legislativa para a sua concretização. Campbell (2004), como estudioso da Ética e da Filosofia Política, não tem receio de afirmar que a sua teoria é guiada por uma moralidade política. Nesse sentido, o seu sistema jurídico ideal requereria regras claras e fixas, das quais sua aplicação não demande juízos de valor. Uma das vantagens dessa configuração é que os governantes poderiam planejar melhor conforme a situação presente.

Essa sua descrição ideal de um ordenamento positivista pode ser bem compreendida a partir da seguinte passagem do autor no seu texto *Judicial Activism – Justice or Treason?*:

[...] existe um conjunto de regras gerais bastante específicas, as quais podem ser identificadas e aplicadas sem se necessitar recorrer a questões moralmente contenciosas ou especulativas. Um sistema no qual é possível

que os cidadãos entendam e sigam a Lei (sem dúvidas, com aconselhamento jurídico em áreas complexas) e que os juízes a apliquem sem se requerer controversos julgamentos morais de primeira ordem (CAMPBELL, 2017, p. 05, tradução livre).

Uma grande preocupação de Campbell são os usos da palavra “justiça” e a forma com que essa abertura semântica facilita a extrapolação dos limites textuais realizada pelos juízes. Assim, o teórico procede com a separação conceitual de justiça formal, procedimental e substantiva, devendo ser interesse do julgador apenas as duas primeiras. Por conseguinte, “um juiz não deve ignorar o Direito no seu sentido positivista de regras e princípios coletivamente aceitos como vinculantes no sistema em tela sob o pretexto de estar simplesmente tentando ser ‘justo’ em um sentido moralmente indefinido” (CAMPBELL, 2017, p. 03, tradução livre).

Campbell (2017) atribui como razão dessa postura moralista dos magistrados – habitualmente presente no ordenamento estadunidense – a busca da proteção das minorias vulneráveis contra um suposto caráter autoritário umbilicalmente ligado à democracia majoritária. Dentre as correntes que endossam essa realidade, são apontados o realismo jurídico, o pragmatismo e a análise econômica do Direito. Todas bastante favoráveis à inclusão de fundamentos da decisão que sejam exteriores ao Direito, o que é visto como ameaça para a autonomia da ciência jurídica por autores como Schauer em seu texto *Legal Positivism as Legal Information* (1997).

Como decorrência dessa habitual comemoração de o Judiciário “fazer justiça”, surge o fenômeno do ativismo judicial. O autor define um juiz com tal postura quando “(1) não aplica todo ou aplica apenas o direito positivado detalhadamente claro (2) assim o faz em virtude de suas visões acerca de qual deve ser o conteúdo do Direito” (CAMPBELL, 2017, p. 05, tradução livre). Campbell identifica ainda duas manifestações do ativismo judicial: a positiva (o ato de aplicar um direito que não existe) e a negativa (deixar de aplicar norma existente), sendo a primeira forma a mais traiçoeira.

Campbell (2017) compreende que o ato de um juiz legislar seria uma quebra de confiança e um abuso do poder judicial que compromete as próprias fundações da democracia constitucional. Essa sua crítica ao ativismo não perde de vista que – para que se obtenha sucesso na sua empreitada – é necessário repensar a própria figura da discricionariedade do julgador, algo bastante defendido dentro do próprio positivismo jurídico desde Hart.

Uma questão central é “quem guarda os guardiões?”, ou seja, como realizar o controle externo da atividade judicial. A impossibilidade institucional de uma contra medida ao ativismo judicial – como a necessária independência que gozam os membros do Judiciário – torna tal atividade pouco custosa e arriscada para os juízes. Assim, estabelece-se uma imunidade às consequências formais de uma falha de conduta. No fim, “o custo é pago pela comunidade através do dano que é causado ao nosso sistema de governo” (CAMPBELL, 2017, p. 07, tradução livre).

O filósofo escocês, como é costume da corrente prescritiva preocupa-se em expor as vantagens em adotar a sua teoria. Desse modo, aduz que o positivismo jurídico induz a um formalmente bom sistema jurídico, com os ganhos sociais e econômicos disso. Ainda, é imprescindível para a concretização de um sistema democrático, ou seja, um sistema no qual as pessoas têm efetivo poder para controlar quem os governa. No fim, ter um sistema ordenado de regras facilita a coordenação e cooperação social, além do controle das condutas danosas (CAMPBELL, 2017).

Campbell (2017) considera a sua teoria uma forma de originalismo – no sentido de resgatar o texto estabelecido originalmente diante de erros precedentes que naturalmente ocorrerão em um sistema *common law* após sucessivas decisões. Do mesmo modo, o autor a adjetiva como contextualista, o que é diferente de legalismo, “literalismo” ou qualquer forma de conservadorismo imune a mudanças sociais.

Logo, remeter ao contexto não é o mesmo que usar o texto para encontrar o propósito último no *background* de elaboração de determinada lei e fazer de tudo para que a situação em julgamento se adéque a tanto. Ao contrário, significa que “se você tem uma apreciação das realidades sociais das quais a legislação emergiu, então você tem o contexto que lhe permite entender o sentido do texto” (CAMPBELL, 2017, p. 11).

Acerca do que fazer diante da ausência de norma que possam ser aplicadas a algum caso concreto, é posto que – antes de mais nada – esse é um defeito do sistema – e o dever de sanar recairia nos governantes e legisladores. Portanto, Campbell (2017) é claro ao considerar o positivismo democrático como algo mais do que uma mera análise do papel das cortes ou dos advogados. O autor encara o sistema como um todo em meio às funções de todas as instituições e o equilíbrio dos poderes envolvidos.

O fato de a linguagem ser um fenômeno social não pode significar – ceticamente – que a cultura, as convenções e as experiências sociais não possam resultar em um entendimento compartilhado do texto. É nesse ponto que tanto Waldron (1999), como Campbell (2004), afastam-se da postura fatalista de impossibilidade de consenso dentro de uma democracia ou de que a indeterminação de sentido é impossível de ser formalmente sanada que acomete o positivismo exclusivo e inclusivo. Ainda assim, não existe nos autores uma robusta teoria que consiga dar uma resposta ao problema.

#### **4 AS INTERSEÇÕES DO POSITIVISMO JURÍDICO PRESCRITIVO COM A CRÍTICA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO**

Lenio Streck (2017) sempre se mostrou um contumaz crítico do positivismo jurídico, desde suas vertentes mais clássicas a autores mais recentes como Joseph Raz. Nesse contexto, o jurista considera que a noção conceitual do positivismo sofreria de uma espécie de cegueira analítica, ao passo que se perde na superfície dos elementos empíricos de justificação e verificação. Isso decorre de uma escassa profundidade teórica que ignora o giro linguístico e a própria profundidade da experiência hermenêutica, ao passo que trabalha com cisões do processo de compreensão de mundo.

Nesse sentido, separar o ato de descrever do ato de prescrever não faz sentido dentro da Hermenêutica Filosófica. Assim, essa ficção só ocorre porque o positivista não se dá conta da dupla estrutura da linguagem:

[...] quando descreve o seu objeto, esquece que desde antes já lida com, por exemplo, princípio da identidade, da não contradição, etc. Para simplesmente descrever, ele só o pode fazer não reconhecendo que já está lidando com isso desde-sempre. O mensageiro já vem com a mensagem (STRECK, 2017, p. 56).

Streck (2017), certamente, não compartilha da grande aversão de Waldron (1999) e Campbell (2004) ao Judiciário como efetivador das garantias constitucionais, um ponto que pode ser demonstrado através da diferenciação que o jurista gaúcho faz dos conceitos de ativismo judicial e jurisdição constitucional. Essa diferença é natural quando se compara a realidade social brasileira, as promessas da Modernidade e todas as omissões do seu Estado com aquela dos países analisados

pelos dois autores, como Austrália, Nova Zelândia e Estados Unidos. Contudo, não impede que possam ser trazidos pontos de aproximação.

Para o jurista gaúcho, em função de vivermos em um regime democrático, não há como confundir ativismo judicial e judicialização da política. A judicialização da política representaria “um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais poderes (STRECK, 2017, p. 87). Em contraposição, o ativismo seria gestado no interior da própria sistemática jurídica, à proporção que consiste num mero ato de vontade de um sujeito solipsista que julga. Portanto, representa uma “corrupção” entre os Poderes, na medida em que a decisão é tomada a partir de critérios não-jurídicos, algo também rechaçado pelos positivistas prescritivos.

Esse discurso a respeito dos critérios ou – mais profundamente – das fontes do Direito não é nada estranho aos positivistas normativos. Como visto no capítulo anterior, definir o que é da seara jurídica e o que pertence às outras áreas é central desde os tempos de Bentham e Austin. Esse problema é ainda mais evidente quando se tem em voga diversas teorias que convidam predadores externos que tornam o saber jurídico como meramente acessório, como a Análise Econômica do Direito, o *Critical Social Studies* e o realismo jurídico (SCHAUER, 1999).

Essa preocupação – ressalvadas as diferenças e limitações da tradição analítica – pode ser inferida em Frederick Schauer (1999, p. 1081, tradução livre):

[...] nossa reivindicação é que a persistência do positivismo jurídico é em função do modo com que o positivismo jurídico é a única teoria da natureza do Direito que busca explicar as características que nos leva a pensar no próprio *Direito* como uma categoria socialmente importante e analiticamente útil. As escolas de Direito fazem coisas diferentes das escolas de Políticas Públicas, mais ainda do que as de Negócios e Ciências Médicas; o que acontece no Tribunal é distinto do que ocorre numa Legislatura [...].

Nessa mesma esteira, Schauer (1999, p. 1082, tradução livre) alerta para o fato de que “quanto mais os numerosos desenvolvimentos tecnológicos, econômicos e industriais fizerem com que os usos das chamadas fontes “não-jurídicas” pelos advogados sejam mais prevalentes, a linha informacional entre direito e não-direito tornar-se-á mais tênue”.

Em um trecho da sua obra *Verdade e Consenso*, Lenio Streck define alguns dos seus pressupostos teóricos – a crítica às teorias metafísico-analíticas e a diferença entre o ser e o ente – da seguinte maneira:

[...] a tese que desenvolvo deve ser entendida como processo de desconstrução da metafísica vigente no pensamento dogmático do Direito. A tarefa dessa crítica é a de “desenraizar aquilo que tendencialmente cobrimos” (Heidegger-Stein). A metafísica pensa o ser e se detém no ente; ao equiparar o ser ao ente, entifica o ser, por um pensamento objetificador. Ou seja, a metafísica, que na modernidade recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência), faz com que se esqueça justamente da diferença que separa ser e ente (STRECK, 2017, p. 251).

Um ponto central da crítica de Streck (2017) é que, mesmo que não exista um método preciso e específico que sirva para garantir a correção do processo interpretativo e solucionar as lacunas naturalmente presentes no texto normativo, nada autoriza o intérprete a escolher o sentido que mais lhe convier. Dessa maneira, nem a vontade, nem o papel político do intérprete “podem constituir salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos e tampouco para uma atribuição de sentidos arbitrária (que é consequência inexorável da discricionariedade)” (STRECK, 2017, p. 70).

Portanto, para o jurista, é preciso compreender que apostar na discricionariedade é comprometer todo o sistema jurídico, que necessariamente deve se pautar na coerência e na integridade. Dessa forma, não há como se concordar com Hart e Torrano a ponto de considerá-la como sendo o poder arbitrário “delegado” em favor do juiz para “preencher” os espaços da “zona de penumbra” do modelo de regras. Uma solução que Streck (2017) encontra para sanar o problema da interpretação é a noção gadameriana de tradição autêntica.

Um agir discricionário frente à vagueza inerente à linguagem não pode torná-lo isento de críticas a respeito da sua facilidade de legitimar atos autoritários. É esse pensamento que leva Streck (2017) à conclusão de que toda essa liberdade (ou maior possibilidade de opção) conferida ao julgador acaba se convertendo em um poder que não lhe é dado, uma vez que ao agir de um modo mesmo que supostamente dentro dos limites do texto normativo, há a exclusão das possibilidades diversas. É nesse jogo linguístico de poder que flutuam os direitos e garantias, à mercê da vontade e dos valores morais de um *official*.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Falar a respeito do ativismo judicial consiste necessariamente em adentrarmos aos limites que separam um ato arbitrário de outro discricionário, de maneira que se questiona a validade de interpretações e aplicações da norma que não tenha lastro em fontes jurídicas legítimas. A discricionariedade aparece no exato momento em que desaparece a regulação jurídica em um determinado aspecto, não tendo o juiz terra normativa por debaixo de seus pés para decidir. Um modo de pensar pragmático, atento apenas aos benefícios trazidos pelo resultado de um agir judicial excessivo, peca em entender que o que, hoje, parece ser simpático aos interesses de determinadas pessoas ou grupos tem a mesma possibilidade de legitimar um agir contrário no futuro.

Nesse sentido, foi mostrado como, desde suas bases teóricas, o positivismo apresenta a discussão dos limites da discricionariedade e o caráter imperativo da lei positivada. Assim, a norma jurídica seria fruto da genuína ocorrência de um fenômeno social que impõe regras e que autoriza o julgador conforme os alcances e contornos das suas determinações pactuadas. Não pode um tribunal criar um direito, mesmo que exista autorização legal para eventualmente fazê-lo (pela visão positivista) em caso de indefinição normativa, quando se expressamente contraria norma constitucional. O mesmo ocorre quando os guardiões da constituição recusam-se a aplicar o dispositivo de lei infraconstitucional sem nem mesmo declará-la, fundamentadamente, inconstitucional.

É, dentre outros motivos, por partir da ideia de limitação da discricionariedade que o positivismo jurídico normativo acaba confluindo nas objeções de Lenio Streck ao ativismo judicial. Ainda que Waldron e Campbell façam tal crítica por considerarem o Judiciário como instância que naturalmente contém um déficit democrático, não são muito divergentes as considerações desses juristas acerca do problema do ativismo judicial e do respeito à lei posta, a qual é fruto da vontade geral.

Do mesmo modo, Schauer insiste na tese de que é importante definir os contornos da Ciência do Direito, muito em razão dos riscos da utilização de critérios não-jurídicos no processo de tomada de decisão. Essa crítica é também trazida por Lenio Streck, igualmente opositor do Realismo Jurídico e da Análise Econômica do Direito. A aliança desses pensamentos, apesar de ainda ser mais urgente na realidade

de países de matriz *common law* – nos quais é, muitas vezes, difícil definir as fontes do Direito – será, cada vez mais, relevante para o ordenamento brasileiro, devido às rudimentares importações teóricas dessas correntes.

## REFERÊNCIAS

BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tamiris. Discricionariedade e arbitrariedade na perspectiva de Kelsen e Hart. **Barbarói**, Santa Cruz do Sul, n. 44, p. 69-86, jul./dez 2015. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/7423/4726>>. Acesso em: 02 set. 2018.

BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart?. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, v. 20, n. 1, p. 307-327, jan./abr. 2015. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7204/4100>>. Acesso em: 02 set. 2018.

CAMPBELL, Tom. **Prescriptive legal positivism: Law, rights e democracy**. Londres: Cavendish Publishing, 2004.

CAMPBELL, Tom. **Judicial Activism – Justice or Treason?** Working Paper Number 2002/17. Centre for Applied Philosophy and Public Ethics (CAPPE). 2017.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, n. 1, p.158-173, jul. 2010. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em: 02 set. 2018.

SCHAUER, Frederik. Legal Positivism as Legal Information. **Cornell Law Review**, v. 82, n. 5, 1997. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2705&context=clr>>. Acesso em: 02 set. 2018.

SCHAUER, Frederik. Positivism before Hart. **Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper**, p. 1-34, jan. 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1512646>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

TORRANO, Bruno. Discricionariedade judicial e Teoria do Direito. **Revista CEJ**, Brasília, v. 17, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/116174>>. Acesso em: 02 set. 2018.

WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to "The Concept of Law"**. Oxford: OUP, 2001.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999.