

**IV ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI/OÑATI**

**TEORIAS SOCIAIS E CONTEMPORÂNEAS DO
DIREITO**

DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO

GERMANO ANDRÉ DOEDERLEIN SCHWARTZ

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

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

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

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

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

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

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

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

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

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

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes - UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

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

E56 Encontro Internacional do CONPEDI (4. : 2016 : Oñati, ES)

III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Unilasalle / Universidad Complutense de Madrid

[Recurso eletrônico on-line];

Organizadores: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Germano André Doederlein Schwartz – Florianópolis:

CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-148-7

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

Tema: Direito e Sociedade: diálogos entre países centrais e periféricos

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Teorias Sociais do Direito. 3. Teorias Contemporâneas do Direito.

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/OÑATI

TEORIAS SOCIAIS E CONTEMPORÂNEAS DO DIREITO

Apresentação

Este GT do IV ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, realizado em Oñati, Espanha, foi realizado no dia 17 de maio de 2016, a partir de 10h. Foram apresentados 9 dos 12 trabalhos encaminhados.

O propósito do TG era o de congregar artigos que versassem sobre temas atuais pesquisados relativos a teorias sociais da contemporaneidade. E, efetivamente, alcançou esse intento. O primeiro artigo apresentado, ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL (LEI 12846/2013), aborda tema extremamente atual, mormente no Brasil, relativamente à corrupção, que pode ser descrito como uma “doença endêmica”. O estudo trata dos esforços empreendidos para o combate à corrupção, abrangendo a questão da proteção da livre iniciativa e do mercado, uma vez que a corrupção, para além de causar males aos orçamentos, também causa uma ilegitimidade concorrencial, resultando protegidas, ilicitamente, determinadas partes contratadas pelo serviço público e por estatais no ambiente de corrupção.

O artigo ARGUMENTAÇÃO, CAPACIDADE CIVIL E DISCERNIMENTO: A INTERPRETAÇÃO POSSÍVEL APÓS O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, confronta a edição da Lei nº 13.146/2015 com o conceito de autonomia, este desenvolvido conforme Habermas, pois, essencialmente, a Lei revogou o artigo 3º do Código Civil Brasileiro, atribuindo igualmente formal aos portadores de deficiência mental. E, com efeito, a Lei estabelece, em seu art. 6º, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, revogando os incisos II e III do art. 3º do Código Civil e alterando a redação do art. 4º, passando a compreender como incapacidade relativa os que não puderem, de modo transitório ou permanente, exprimir a sua vontade.

Em AS CORPORAÇÕES DE OFÍCIO E O DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL DAS NANOTECNOLOGIAS: PERSPECTIVAS PARA A TEORIA JURÍDICA DA EMPRESA A PARTIR DOS COMPASSOS DO TEMPO DE FRANÇOIS OST os autores enfrentam, na pesquisa, o processo de ruptura histórica pelos ideais empresariais institucionalizantes, como tema central. Apresentam, ainda, o elo de ligação entre a tradição e o presente e, específico e demonstram que o caos instalado no último quarto do século XXI, decorreu do esvaziamento total das tradições empresariais, desorientando a humanidade, muito embora, no campo formal, a teoria jurídica da empresa mantenha valores corporativos tradicionais. Buscam

investigar, enfim, os três compassos do tempo propostos por François Ost, aplicados à análise da questão empresarial e o modo de suas interfaces com a evolução num cenário de globalização.

A informatização da sociedade é retratada em **BIG DATA BIG PROBLEMA! PARADOXO ENTRE O DIREITO À PRIVACIDADE E O CRESCIMENTO SUSTENTÁVEL**, em que, ao lado dos benefícios que podem ser gerados pelo tráfego de dados pessoais na internet, como, por exemplo, nas doenças que podem afetar determinada região e que é constatada pelos numerosos medicamentos adquiridos, o que pode significar um dado importante para que sejam realizadas políticas públicas para debelar a patologia, há a questão da violação da privacidade.

Para mostrar o quão importante é a temática da corrupção, outro artigo também o aborda: **CORRUPÇÃO, ÉTICA E DIREITO NO BRASIL**. A partir do pressuposto, encontrado na sociologia de Durkheim, de que a corrupção é um fato social (no sentido de que não se reduz a um fato psíquico de indivíduos individualmente considerados, mas é antes um modo de agir e de pensar determinado preponderantemente por circunstâncias exteriores aos indivíduos), os autores buscam entender em que medida o ambiente social brasileiro, do qual o direito é um elemento importante, favorece o desenvolvimento de práticas corruptas pelos seus membros e instituições públicas e privadas. A questão fundamental a ser respondida, portanto, é: por que a anticorrupção estabelecida pelas normas jurídicas contidas na legislação brasileira específica e no princípio geral da boa-fé não tem sido suficiente para impedir o avanço crescente da corrupção no país ou, quando menos, não tem sido percebida como uma realidade efetivada?

A autora de **CRISE DA MODERNIDADE E A VALORIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COMO DESAFIOS AO POSITIVISMO JURÍDICO** defende, enfim, a compreensão, de que “a única maneira de preservar a autoridade do legislador democrático e de preservar a dignidade da legislação consiste em não introduzir considerações morais ou de qualquer outro tipo na determinação e aplicação do direito, é dizer, em não ultrapassar os estreitos limites da atuação adjudicatória do direito, devendo os aplicadores e intérpretes judiciais ser fiéis à produção legislativa, esta sim, capaz de produzir democraticamente o direito válido”. No texto é feita a confrontação entre o positivismo e o desenvolvimento de outras escolas teóricas no pós Segunda Guerra Mundial.

A hermenêutica é também objeto do estudo pesquisado e apresentado no artigo **DA EPISTEMOLOGIA À TEORIA DO DIREITO: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE HERMENÊUTICA CRÍTICA E DIREITO**. O autor destaca que “a hermenêutica tem sido

duramente atacada em suas múltiplas ocorrências no direito, especialmente pelo seu nível de imprecisão e por uma racionalidade sempre questionável. A pesquisa objetiva, então, fornecer as bases – a partir da filosofia kantiana - para investigar em que medida uma hermenêutica crítica pode oferecer uma orientação epistemológica ao Direito na contemporaneidade”.

A conhecida e antiga polemização teórica desenvolvida por Habermas contra a teoria de Luhmann está destacada no artigo DIREITO E POLÍTICA: POLÊMICA ENTRE HABERMAS E LUHMANN NA DEFESA DAS CORRENTES PROCEDIMENTALISTA E SISTÊMICA. Resumidamente, sustenta o autor “que a crítica procedimental de Habermas à limitação de clausura do subsistema do Direito, formulada por Luhmann, não reconhece, - por paradoxal que seja - o grau de abertura, admitida por este último, que permite exatamente a interação entre política e direito”.

O último artigo apresentado foi SOBERANIA DE QUEM? O PAPEL DO POVO NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS, em que os autores enunciam o problema do avanço dos Estados democráticos, que traz a ideia de que o povo seria o titular soberano do poder. Contudo, destacam que “a percepção da realidade é bastante diferente. A noção de democracia encontra-se ligada a um espaço público de discussão livre. Por outro lado, o distanciamento entre os governantes e governados e a ausência do povo no processo democrático gera uma massa amorfa e facilmente manipulável, a figura do homo sacer”.

Prof. Germano André Doederlein Schwartz - UNILASALLE / FMU

Prof. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro - UNILASALLE

CRISE DA MODERNIDADE E A VALORIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COMO DESAFIOS AO POSITIVISMO JURÍDICO

LA CRISIS DE LA MODERNIDAD Y LA VALORIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO DESAFÍOS AL POSITIVISMO JURÍDICO

Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro

Resumo

RESUMO: O artigo tem por escopo realizar uma análise da crise da modernidade e, consequentemente, do modelo jurídico sustentado na autoridade racional de dominação jurídica, capaz de garantir a previsibilidade ao Estado burocrático Moderno. Com a crise da razão moderna e o discurso de valorização dos direitos humanos, viveu-se uma reaproximação entre direito e moral e uma construção gradativa de teorias críticas e/ou renovadas do positivismo. É nesse cenário de mudanças e de abertura do direito a discursos metajurídicos que o trabalho pretende analisar as possibilidades de conciliação oferecidas pelas versões renovadas do positivismo jurídico.

Palavras-chave: Palavras-chave: crise da modernidade, Direitos humanos, direito e moral, positivismo jurídico

Abstract/Resumen/Résumé

RESUMEN: Este artículo tiene por objetivo realizar un análisis de la crisis de la modernidad y en consecuencia del modelo jurídico sustentado en la autoridad legal-racional. Con la crisis de la razón moderna y la valorización de los derechos humanos, se llevó a cabo un acercamiento entre derecho y moral y un crecimiento gradual de las teorías críticas y/o renovadoras del positivismo. Es en este escenario de apertura del derecho a discursos metajurídicos que el trabajo tiene como objetivo analizar las posibilidades de conciliación que ofrecen las versiones renovadas del positivismo jurídico.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Palabras-clave: crisis de la modernidad, Derechos humanos, derecho y moral, positivismo jurídico

INTRODUÇÃO

Na narrativa da modernidade, travou-se uma guerra contra a tradição e os costumes a favor da razão, do progresso e da liberdade. O homem moderno civilizado e racional recebeu as chaves do conhecimento e viu-se livre do domínio da ideologia e do irracional ínsito na tradição. Essa crescente racionalização do mundo político e social, acompanhada da formação do capitalismo e do Estado Moderno, constituiu a força motriz da modernidade, que acabou por representar a outorga de superpoderes à tecnologia e, ao mesmo tempo, o enfraquecimento do espírito humano, “uma nova forma de miséria que surgiu com esse monstruoso desenvolvimento da técnica” (BENJAMIN, 1993, p. 115), a desmobilização do mágico e do místico, bem como a incapacidade de se atribuir ao direito qualquer dignidade metafísica em virtude de suas qualidades imanentes, o que ensejou a convivência com o vazio de toda sacralidade de conteúdo no direito.

A modernidade engendrou a autoridade jurídico-racional baseada na crença da legalidade do direito concebido pelo domínio de normas gerais, impessoais, abstratas e contingentes, amparadas em uma estrutura formalmente racional de dominação jurídica, capaz de garantir o cálculo e a previsibilidade ao Estado burocrático Moderno. Nesse sistema racional, o direito cria o seu próprio universo de sentido, o que gera um duplo efeito: o aumento do ceticismo quanto ao fundamento das regras que se desvinculam de implicações metajurídicas e a implementação de uma nova obediência à lei, amparada na técnica específica de dominação que envolve racionalização e formalização, o que limita o direito à lógica de sua produção tecnicizada e o juiz, às amarras de um silogismo aprisionador.

A legitimidade dos sistemas jurídicos na pré-modernidade fundara-se, sobretudo, na santidade de tradições imemoriais (dominação tradicional) e/ou na devoção à santidade e/ou heroísmo excepcionais de um indivíduo (dominação carismática). A sociedade moderna rompe em grande medida com esses padrões de autoridade e consolida uma forma especial de dominação (dominação jurídico-racional) que, no afã de libertar-se do cativeiro da desigualdade e irracionalidade do mundo medieval, em busca de uma era de razão esclarecida, acaba por aprisionar-se nas barras de ferro da racionalidade, condenando o homem a tornar-se vítima de cálculos sobre cálculos, preso na encruzilhada da racionalidade, servo da razão que outrora servira para lhe libertar, o que expõe o desencanto de um mundo secularizado, dominado pela razão e pela burocracia do Estado moderno.

O modelo jurídico-positivista baseado na revogabilidade, na contingência legal e no vazio de conteúdo, evidenciou sinais de esgotamento com a crise da modernidade, notadamente a partir da segunda guerra mundial. Nesse contexto, o mais famoso dos campos

de concentração, Auschwitz e o seu caráter mecânico, burocrático e regulador do holocausto nazista, marcou um importante ponto de inflexão para se analisar o abalo da estrutura moderna e a crise do direito, construídos sob o império da razão, a fé no progresso (em descompasso à fé na tradição) e no cientificismo, ideias que geraram o excesso de razão e acarretaram a crise de desumanização, a banalidade do mal e a quebra dos valores humanos.

No plano jurídico, o direito positivo legalizou a experiência do nazismo com mais de duas mil leis válidas que serviram como instrumentos de legalização, sob a perspectiva weberiana de uma dominação legal racional. Com essa evidente crise do positivismo jurídico, viveu-se uma reaproximação entre direito e moral e uma construção gradativa de teorias críticas e/ou renovadas do positivismo, defensoras da ideia de que a argumentação jurídica depende e/ou pode depender da argumentação moral. É esse cenário de mudanças com a crise da modernidade e de abertura do direito a discursos metajurídicos (ZAGREBELSKY, 2008, p. 116), que o trabalho pretende analisar as possibilidades de conciliação oferecidas pelas versões renovadas do positivismo jurídico.

A CRISE DA MODERNIDADE E O USO INSTRUMENTALIZADOR DA RAZÃO

A ideia de esclarecimento (típico da era moderna) presente na obra “Dialética do Esclarecimento” de Adorno e Horkheimer expressa o processo de desencantamento do mundo, segundo o qual o homem radicaliza a angústia mítica e liberta-se do temor e da miopia ante o desconhecido mundo da natureza e de seus encantos. Seu propósito é substituir a imaginação pelo saber, livrando os homens do medo e da insegurança, investindo-lhes na posição de senhores. Com o processo de racionalização que prossegue a modernidade, tanto na filosofia como na ciência, supera-se o desamparo em face ao misticismo das forças naturais. O mito converte-se em esclarecimento e a natureza, destituída de encanto, em mera objetividade. Esse movimento, no entanto, não se limita a um simples processo de ruptura ao mito.

A desmitologização ou a progressiva racionalização tiveram sua origem no próprio mito, notadamente na ideia, já presente no pensamento mitológico, de ascendência e superioridade do homem sobre a natureza inconsciente, a exemplo da inescapável compulsão à dominação da natureza já presente na Odisséia, quando Ulisses, amarrado do mastro, evita a sedução do canto das sereias.¹ Esse movimento encontra o seu termo na “mitologização do

¹ O livro XII da Odisséia de Homero relata que quando Ulisses voltava para casa após conquistar Tróia, passou pela Ilha de Capri, a ilha das sereias, e sabendo do encanto destrutivo de suas canções (quem se deixa atrair por suas ilusões estaria condenado à perdição), tapou o ouvido dos tripulantes com cera e os obrigou a remar com todas as forças de seus músculos. Curioso para saber como era o canto, pediu que o amarrassem no mastro e por

esclarecimento sob a forma da ciência positiva”, o que reflete na possibilidade de que o conhecimento, através da assimilação dos processos de controle da natureza, possa resultar, paradoxalmente, em uma mais completa forma de dominação do próprio homem plenamente civilizado, em que “a dominação da natureza volta-se contra o próprio sujeito pensante”. (ADORNO e HORKHEIMER, 1985, p. 8, 15).

Nesse sentido, o que se apresenta como triunfo da racionalidade objetiva, com a sujeição de todo ente ao formalismo lógico, tem por consequência a subordinação cega (e irracional) ao imediatamente dado. Nesse contexto, o factual passa a ter a última palavra e o conhecimento passa a restringir-se à mera repetição do factual, convertendo-se em tautologia. “Quanto mais a maquinaria do pensamento subjuga o que existe, tanto mais cegamente ela se contenta com essa reprodução. Desse modo, o esclarecimento regride à mitologia da qual jamais soube escapar”. (ADORNO e HORKHEIMER, 1985, p. 34).

Desse modo, a dialética do mito e do esclarecimento acena à ideia de que o mito já é esclarecimento e o esclarecimento acaba por converter-se (e reverter-se) à mitologia. O aumento do poder passa a representar o substrato da dominação e a verdadeira alienação daquilo sobre o que se exerce o poder. O esclarecimento “comporta-se com as coisas como o ditador se comporta com os homens. Este conhece-os na medida em que pode manipulá-los. O homem de ciência conhece as coisas na medida em que pode fazê-las. É assim que seu *em-si torna para-ela*” (ADORNO e HORKHEIMER, 1985, p. 21), confirmando a fé inabalável na capacidade do homem de dominar o mundo, bem como o retorno do esclarecimento à órbita do mito e a degeneração da fé em embuste e barbárie.

Esse pensamento, decerto, acena ao aprofundamento crítico da racionalização, que representa a desilusão das utopias e otimismo libertador da racionalidade que, em vez de permitir a construção de uma era verdadeiramente humana, propiciou o afundamento da humanidade esclarecida em uma nova espécie de barbárie, com a coisificação do homem, o distanciamento dos valores, a incapacidade de reflexão e a abstração da individualidade, ao se compreender o indivíduo como simples engrenagem do processo tecnológico, o que permitiu o seu desaparecimento enquanto ser individual diante do processo a que serve, convertendo o sonho de uma humanidade iluminada e emancipada em verdadeira desventura, com a ameaça de destruição precisamente daquilo que deveria e pretendia realizar: a ideia de homem em sua

mais que quisesse atirar-se no mar, não conseguiria. Quando passou pela ilha, ouvindo a canção das sereias, impotente amarrado ao mastro, implorou para que seus homens o soltassem, mas como não podiam ouvi-lo, conseguiu sobreviver à promessa irresistível do prazer e da sedução. Segundo Adorno e Horkheimer, “as medidas tomadas por Ulisses quando seu navio se aproxima das Sereias pressagiam alegoricamente a dialética do esclarecimento”. (HOMERO, 2005, p. 225-238; ADORNO e HORKHEIMER, 1985, p. 38-41).

liberdade, em seu valor e em sua autonomia. Na era científica moderna e com o advento da técnica, o preço das grandes invenções foi, portanto, a ruína progressiva da cultura teórica e da autorreflexão do pensamento, a autodestruição do esclarecimento e a consequente concretização de experimentos erráticos.

O animismo da era mitológica dotou a natureza de alma e encantos. O industrialismo desencantou a vida, doutrinou o espírito humano a um só compasso, seja no trabalho industrial da fábrica, no cinema e na cultura, seja nas relações da vida individual e coletiva, gerando conformismo, aprisionamento e impotência como consequência lógica da sociedade industrial. Nesse cenário em que o progresso reverte-se em regressão, o indivíduo se vê nulificado em face dos poderes econômicos que, ao mesmo tempo em que anula a individualidade (retração da subjetividade) transformando os indivíduos em meros seres genéricos, iguais uns aos outros e absolutamente substituíveis, eleva a produtividade econômica e o poder de dominação do homem e da técnica sobre a natureza a um nível jamais vislumbrado.

Esvaindo-se diante do maquinário a que serve, o indivíduo se vê, paradoxalmente, mais do que nunca provido e dependente dele, ao ponto de aumentar a impotência das massas na exata medida do aumento da quantidade de bens a elas destinados, o que reflete, gradativamente, na elevação do padrão de vida material das classes inferiores, acompanhada de um embrutecimento da alma e da difusão hipócrita do espírito que se desperta (em face à enxurrada de informações direcionadas às massas) e idiotiza-se diante do enclausuramento imposto pelos novos padrões.

O impacto da técnica proporcionado pelo avanço industrial gerou uma mudança de mentalidade na vida, na arte, na cultura (superestrutura), que veio acompanhada do vazio de narrativa, da falta da troca de experiência e do sentido melancólico dessa constatação. “Uma nova forma de miséria surgiu com esse monstruoso desenvolvimento da técnica, sobrepondo-se ao homem”, gerando o desaparecimento do humano e “da imagem do homem tradicional, solene, nobre, adornado com todas as oferendas do passado, para dirigir-se ao contemporâneo nu, deitado como um recém-nascido nas fraldas sujas de nossa época”. (BENJAMIN, 1993, p. 115, 116).

Nesse cenário apresenta-se a denúncia de Guy Debord contra a espetacularização da política, da arte e da cultura da era moderna. Sua crítica localiza-se no contexto da indústria do entretenimento associada à economia da abundância e da generalização dos meios de comunicação audiovisuais, em que se nota a colonização integral do homem e, inclusive, do ócio aparentemente liberado da produção industrial para apresentar-se com o objetivo da

“expropiación del tiempo total de vida de los hombres”, convertidos em massa de consumidores passivos e satisfeitos, em contempladores do espetáculo que assistem a sua própria alienação sem opor resistência alguma. Esse espetáculo, entendido em sua totalidade, *“es al mismo tiempo el resultado y el proyecto del modo de producción existente”*. Trata-se do irrealismo da sociedade real, que constitui o modo atual e dominante de vida, cuja máxima expressão é a de um mundo invertido, em que o verdadeiro é *“un momento de lo falso”*. O espetáculo é a afirmação de toda vida humana como simples aparência (DEBORD, 2007, p. 12, 39, 40).

Seguindo essa crítica aos valores da sociedade capitalista, Debord denuncia o caráter tautológico do espetáculo que deriva do fato de que seus meios são, ao mesmo tempo, o seu fim. *“Es el sol que nunca se pone en el império de la pasividad moderna”* e que recobre toda a superfície da terra e se sustenta indefinidamente em sua própria glória. O mundo real se transforma em meras imagens e as meras imagens se convertem em mundos reais, em uma realidade na qual apenas se permite aparecer na exata medida em que não se é.

Esse mesmo modelo de racionalidade da era moderna que engendrou o positivismo jurídico foi também o responsável por provocar e evidenciar o seu esgotamento. O abalo da estrutura moderna, em que a razão se tornou instrumental e a ciência deixou de representar uma forma de acesso ao conhecimento verdadeiro para tornar-se instrumento de dominação, poder e exploração, repercutiu na crise do direito, ambos construídos sob a égide do racionalismo encetado pela ciência moderna. O excesso de razão, lido como instrumentalização, acarretou um vazio valorativo à política, à vida e ao direito, ao reduzir a complexidade da dimensão humana à segura da razão e do dogmatismo.

A leitura que hoje em dia se faz do holocausto é que ele foi resultado da modernidade, da jaula racional que aprisionou o homem e seu pensamento, levando-o à sua própria coisificação e descartabilidade, como consequência do vazio de valores. Diante dessa crise da modernidade, Jean-François Lyotard, em sua obra *La Condition Postmoderne*, aponta a insurgência de um projeto pós-modernista, pós-pensamento racional iluminista, como símbolo máximo do rompimento com as verdades absolutas e opressoras da modernidade (LYOTARD, 2008). Sugere a necessidade de uma desmistificação da racionalidade iluminista e de uma demonstração da real condição e função do saber na contemporaneidade.

À luz do que se convencionou denominar de teoria pós-moderna, a hipervalorização do conhecimento objetivo e científico da era anterior provocou uma patologia, um desastre da modernidade, ao permitir que uma ciência racionalista, tecnicizada e monológica colonizasse a outras esferas do mundo da vida. Nesse sentido, a razão instrumental da modernidade passou

a ser concebida como o elo de coisificação do homem e de sua desumanização e como responsável pelo esvaziamento do conceito de democracia ao concebê-la como mera encenação, espetáculo ideológico e aparente e não como materialização efetiva do poder por uma comunidade de sujeitos participativos, livres, iguais e autônomos (distanciamento entre o simbólico e o real).

A sugerida pós-modernidade, sob a influência das descobertas de Einstein acerca da relatividade, passou, assim, a denunciar a razão como incapaz de revelar verdades objetivas atemporais e a ciência moderna como encobridora de interesses setoriais incompatíveis com a satisfação plena dos ideais democráticos e dos direitos humanos. Essa ideia de racionalidade iluminista ou mesmo de esclarecimento, em que a “terra totalmente esclarecida resplandece sob o signo de uma calamidade triunfal” (ADORNO e HORKHEIMER, 1985, p. 8, 15), foi lida como racionalidade instrumental ou teleológica, em que a razão passou a ser compreendida como identificadora dos instrumentos ou meios adequados para alcançar fins estabelecidos ou controlados pelos sistemas, gerando o aniquilamento do indivíduo ante o poder opressivo das forças econômicas.

Habermas denuncia esse processo de colonização do mundo da vida ao apresentar o mundo dos consensos compartilhados sendo invadido indevidamente pelo mundo funcional dos sistemas, representado pela tecnologia, ciência e interesses econômicos. E diante deste prognóstico de fim da modernidade e de seus valores e universos simbólicos, defende a incompletude do projeto modernista fundado na racionalidade iluminista, a partir de um aprofundamento da atitude racional baseada em atos de comunicação e em uma razão não instrumental. Sugere, pois, uma rerracionalização e não uma desracionalização. A razão ainda é capaz de iluminar e emancipar e não apenas de coisificar, não sendo preciso eliminar a razão como centro das experiências cognitivas. A modernidade está inacabada. O seu projeto ainda floresce (HABERMAS, 2000, p. 3-33).

Nessa perspectiva, ao partir da reformulação ao conceito de racionalidade, tornando-o mais abrangente e discursivo, impedindo, por consequência, a coisificação da vida social (desumanização), Habermas não segue a alternativa pós-moderna que, ante a crítica ao projeto iluminista de racionalidade, defende a total perda de confiança na objetividade da razão, com fortes tendências ao irracionalismo, ao ceticismo e ao niilismo. Habermas concebe uma nova modernidade: uma modernidade que não apenas aceita, mas que parte da racionalidade; uma racionalidade dialógica capaz de garantir a realização da democracia, a autonomia das esferas sociais, a emancipação do homem contra qualquer forma de opressão, um fundamento

adequado aos direitos humanos, em que os indivíduos, através de arranjos comunicativos, possam ser, ao mesmo tempo, autores e destinatários do seu próprio direito.

O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO, A VALORIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E AS POSSIBILIDADES DE CONCILIAÇÃO OFERECIDAS PELAS VERSÕES RENOVADAS DO POSITIVISMO JURÍDICO

Com a crise da modernidade, consolidou-se a ideia de decadência do positivismo jurídico, emblematicamente relacionada à derrocada dos regimes totalitários do pós-guerra que, distanciando-se das ideias de fetiche da lei e do formalismo acrítico que serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados, ao permitirem o exercício do poder político e militar, bem como a segregação da comunidade judaica (leis raciais) à luz da legalidade vigente, ensejaram a necessidade de repensar e de redirecionar o papel do direito e da moralidade no interior dos regimes políticos contemporâneos. Como consequência desse realinhamento, consolidou-se um novo constitucionalismo democrático e a ideia de valorização dos direitos humanos,² conforme expresso na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, como limites ético-valorativos de atuação do Estado.

Ante tal realidade, vivenciou-se a entronização de valores morais irrenunciáveis nas constituições das principais democracias ocidentais, o que permitiu a incorporação de princípios de justiça relativos à liberdade, igualdade, solidariedade, dignidade humana, que formam a raiz dos direitos humanos. E em razão da realidade antitética, pelo menos *a priori*, entre o paradigma jurídico positivista e sua realidade neutral e meramente descritiva vis-à-vis a irrenunciabilidade dos direitos humanos e sua fundamentação moral-valorativa incorporada pelo constitucionalismo democrático contemporâneo, o positivismo jurídico, acusado de autodestruir-se, viu-se ante a necessidade de realizar ajustes teóricos que afetaram, em alguma medida, a sua postura de neutralidade e isolamento às dimensões da vida moral, culminando

² Conforme análise do professor Ramos Pascua, muitas críticas foram apresentadas à ideia de direitos humanos, notadamente por teóricos positivistas que defenderam a premissa de que os propagados direitos humanos não são autênticos direitos, senão aspirações, bons e ingênuos desejos. Verdadeiros direitos seriam aqueles que concedem as leis positivas, pois os direitos subjetivos são simples reflexos dos deveres jurídicos e os deveres jurídicos são impostos pelas leis ou ordens respaldadas por sanções coativas impostas pelo soberano. Segundo os positivistas, falar de direitos, como os supostamente naturais ou humanos do homem, que não foram emanados de normas jurídicas positivas é tão absurdo como falar de filhos que nunca tiveram pais. São meros gritos no vazio, pois não sendo criações do direito positivo, não há critério algum para identificá-los. Teóricos positivistas, notadamente os seguidores do agnosticismo axiológico, acusam a doutrina dos direitos humanos de ser uma mera fantasia, uma construção metafísica ou arbitrária que não corresponde a nenhuma realidade suscetível de juízo científico. Nesse sentido, a teoria dos direitos humanos não seria senão uma das tantas expressões ideológicas, uma doutrina irracional ou ilusória e com forte tendência anarquizante. Os direitos humanos seriam, em última instância, falácias anárquicas conforme dizer de Bentham, uma espécie de terrorismo jurídico-ideológico (RAMOS PASCUA, 2001, p. 871-891).

em correntes reformuladas, que intentam (re) afirmar a tese da separabilidade entre direito e moral³ sob novos argumentos, seja afirmando a conexão não necessária, seja defendendo a impossibilidade conceitual da relação entre direito e moral a partir de argumentos mais sofisticados.

Há certas correntes do positivismo, no entanto, que sustentam a ideia de que a teoria contemporânea partiu de uma falsa crença de que os ataques das teorias rivais ao positivismo jurídico, notadamente ataques de teorias normativas que apontaram o excessivo formalismo e limitação da teoria positivista para enfrentar os desafios advindos com os regimes políticos autoritários do século XX e com a crescente complexificação das sociedades modernas, apresentaram argumentos decisivos e inquestionáveis acerca da insuficiência do modelo positivista, especialmente nos atuais regimes políticos norteados por direitos fundamentais, pela presença de um constitucionalismo democrático que ensejou a forte presença dos tribunais Constitucionais na garantia de valores morais e princípios de justiça. Trata-se da teoria dominante no Brasil e nos países continentais: a ideia de que o positivismo fora suplantado por teorias normativas e/ou interpretativas do direito.

Segundo essas correntes defensoras do positivismo, referido ataque estigmatizou a teoria positivista, reduzindo-a a um modelo pérfido e perfunctório, ao partir do equivocado pressuposto de que a descrição realizada pelas teorias rivais era correta e definitiva. Para essa versão, o positivismo jurídico continua apresentando-se como teoria plausível e viável, capaz de explicar adequadamente o direito, seja partindo da ideia de que as críticas das teorias rivais partiram de incompreensões da teoria positivista e, nesse sentido, o aparente ataque não realizou nenhuma crítica real e efetiva ao positivismo, seja considerando a recuperação e/ou atualização do modelo positivista para adequar-se e responder à tentativa de ataque desconstrutivista (positivistas inclusivos, exclusivos ou normativos). Trata-se do modelo hegemônico no mundo anglo-saxão, dominado pela filosofia analítica.

Uma das versões renovadas refere-se ao positivismo jurídico inclusivo ou positivismo moderado (*soft positivism*), corrente representada por Herbert Hart, Jules Coleman, Matthew Kramer, K. Himma e Wilfrid Waluchow, que defendem a tese de que, a despeito de não existir uma conexão conceitual e necessária entre direito e moral, critérios morais podem fazer parte do direito e tal ideia não ameaça a tese positivista da separabilidade,

³ A tese da separação conceitual entre direito e moral (direito como abordagem avaliativa) é reforçada pela tese positivista das fontes sociais do direito, segundo a qual o direito é um produto humano, convencional, cuja identificação depende exclusivamente de fatos sociais, sem que seja necessário recorrer a valorações ou argumentos morais. Trata-se de uma definição neutral do direito, o que o compatibiliza com a neutralidade dos Estados Liberais de Direito.

bem como não se coaduna com qualquer versão apresentada pelas teorias jusnaturalistas ou mesmo com a teoria interpretativista de Ronald Dworkin, muito embora se reconheça que há elementos da descrição dworkiniana de sua teoria normativa que são compatíveis com esta versão inclusivista do positivismo jurídico.

De acordo com essa versão renovada do positivismo, a moral política, é dizer, “*la moral que se utiliza para evaluar, justificar y criticar a las instituciones sociales y sus actividades y productos*” intervém na determinação do sentido dos textos constitucionais que reconhecem direitos e liberdades na determinação do impacto das diversas disposições desses mesmos textos sobre a validade das normas. A moral política se vê, pois, incluída “*dentro de los fundamentos posibles para establecer la existencia y el contenido de las leyes positivas válidas, es decir, de las leyes sancionadas o creadas por seres humanos por medio de legislaturas, tribunales o la práctica consuetudinaria*”. (WALUCHOW, 2007, p. 17). Referida conexão, no entanto, pode produzir-se ou não e mesmo que não se produza, não deixará de ser um autêntico sistema jurídico, ainda que profundamente injusto.

O positivismo jurídico inclusivo propõe-se, na verdade, a construir uma alternativa intermediária entre a ciência pura do direito e sua descrição moralmente neutral que reflete a isenção a toda influência valorativa da ética, da política, da teoria social, tal como concebida por Hans Kelsen e as concepções dworkinianas que apregoam o valor intrinsecamente moral da prática jurídica.

Segundo Waluchow, é possível, com exceção dos intentos de Kelsen, reconhecer a valoratividade da prática jurídica sem recorrer ao disfarce da “*realidad tras el dulce velo de racionalización moral*” e sem ter que propor a realização e interpretação da prática jurídica à luz do melhor que possa moralmente ser. É possível, pois, permitir que o valor moral influia na descrição teórica do direito sem “*arriesgarse a caer en el engaño moral e intelectual que acecha en las concepciones dworkinianas*”. (WALUCHOW, 2007, p. 32, 33, 37).

Nesse sentido, do fato de que a teoria pura de Kelsen não possa alcançar suas pretensões em virtude da evidente valoratividade, em distintos graus, que penetra na teoria jurídica e, em consequência disso, ter-se consolidado a ideia segundo a qual qualquer teoria jurídica viável está, inexoravelmente, comprometida com certos valores, não se pode concluir que as concepções do direito moralmente comprometidas de Dworkin sejam a única alternativa possível, notadamente porque se pode assumir a relevância moral do direito sem, contudo, assumir um compromisso moral, o que diferencia as teorias descritivo-explicativas valorativamente relevantes, que atribuem simples relevância ao valor moral do direito (teorias positivistas em geral, com exceção de Kelsen) das concepções interpretativas valorativamente

determinadas, que oferecem uma justificação moral ao direito (notadamente o interpretativismo de Dworkin). Feitas essas distinções, o positivismo inclusivo propõe-se a defender a possibilidade de uma teoria descritivo-explicativa impura e esclarecedora como alternativa viável às racionalizações moralmente comprometidas propostas pelas concepções de direito de Dworkin.

Sustenta-se essa versão na tese de que a norma básica que contém os critérios de validade das normas pertencentes a cada sistema jurídico (regra de reconhecimento, que se baseia em um fato socialmente aceito, uma prática social em que se aceitam certos critérios de validade jurídica que permitem identificar o direito), pode incluir critérios materiais ou morais que condicionem a validade das normas à sua conformidade com as exigências básicas de justiça expressas nas dimensões de moralidade, o que é uma realidade cotidiana dos atuais sistemas jurídicos dos Estados Constitucionais Democráticos, de tal maneira que qualquer norma que vulnere alguns destes direitos será considerada nula, é dizer, carente de validade jurídica.

Assim, defende o positivismo inclusivo a tese da incorporação dos princípios em razão de sua retidão moral, afirmando ser possível conciliar os princípios morais com a regra de reconhecimento e com a tese da separação. Nesse sentido, se os princípios morais podem ter *status* jurídico é porque a regra de reconhecimento do sistema jurídico assim autoriza e determina. A incorporação de princípios morais no direito não viola, portanto, a tese da separação entre direito e moral. Referida tese não consiste na afirmação de que o direito e a moral estejam separados necessariamente, senão a afirmação de que não estão necessariamente conectados.

Caso se admita que certas exigências morais possam desempenhar um papel importante na determinação do direito, está-se admitindo a possibilidade de que os direitos humanos, que formam parte essencial da moral política, gozem da mesma relevância na ordem jurídica. Em outras palavras, está-se admitindo a possibilidade de que os textos constitucionais que reconhecem direitos fundamentais possam ser interpretados à luz da moral política que inevitavelmente remete à doutrina dos direitos humanos.

Trata-se de uma estratégia de conciliação entre a regra de reconhecimento e moralidade, entre positivismo e valoratividade, que parte da ideia de que a regra de reconhecimento não tem que se reduzir a critérios de *pedigree* ou formais, mas pode incluir princípios de correção moral. Entretanto, a relação com os critérios materiais ou morais, quando os juízes recorrem a princípios atendendo a sua correção moral ou retidão intrínseca, apresenta um caráter contingente e não necessário. Nesse sentido, a relevância da dimensão

moral dos princípios será contingente, ao depender da sua incorporação ao sistema. Os princípios e argumentos morais não são relevantes em razão da sua moralidade ou correção intrínseca, senão em virtude do seu *pedigree*.

Para Dworkin, no entanto, nenhuma regra de reconhecimento pode estabelecer, *a priori*, uma lista fixa de princípios morais. A interpretação de um princípio conduz à utilização de outros mais, razão pela qual resultaria infrutífero reduzi-los ou condicioná-los ao reconhecimento prévio de um teste formal de *pedigree*. Trata-se da ideia de contínua transformação e concepção de novos princípios no discurso jurídico, em que ao se utilizar um princípio, acaba-se por recorrer a outros argumentos morais imprevisíveis, insuscetíveis de delimitação prévia por um critério de reconhecimento do direito válido.

Isso porque, contrariamente ao positivismo que se limita a uma base fundacional e a uma lógica binária de pertencimento ou não pertencimento ao sistema e a cadeias unidirecionais e mecânicas de validade, o direito, para a perspectiva interpretativa, não é um “conjunto estable y preordenado de elementos, sino una empresa interpretativa, producto de esfuerzos argumentativos diarios e cotidianos, estructura siempre reformada y cuestionada, construida y reconstruida cada vez que se interpreta y que se aplica”. (PÉREZ BERMEJO, 2006, p, 117, 118).

Entretanto, Waluchow apresenta uma série de argumentos para refutar a descrição que Dworkin realiza acerca do positivismo e demonstrar a inconsistência da teoria interpretativista ao pretender edificar-se a partir da desconstrução teórica do positivismo. Considerando essas premissas, demonstra o autor que Dworkin está equivocado ao sustentar que o positivismo não consegue situar satisfatoriamente a moral política no interior de seu discurso jurídico.

Para o positivismo jurídico inclusivo, há plena compatibilidade entre os fundamentos do positivismo e a inclusão da moralidade no âmbito de aplicação do direito, sendo, portanto, uma versão coerente, plausível e mais realista do que a teoria do direito como integridade. Para demonstrar essa tese, Waluchow (WALUCHOW, 2007, p. 183-205) desenvolve os seguintes argumentos:

O primeiro argumento de Dworkin para mostrar a inconsistência entre o positivismo e os juízos de moralidade refere-se ao argumento da validade, segundo o qual a lei é uma classe especial de *standard* distinguível de todos os outros por superar certos testes de validade jurídica. Para Hart, estes testes de validade jurídica se encontram delineados na regra de reconhecimento, que permite assegurar que todo o direito seja direito válido se concebido com base nesta regra. Referida validade adota uma lógica binária do tudo ou nada, incompatível

com a dimensão de peso e importância dos princípios, o que afasta, de plano, a dimensão moral dos princípios do âmbito de validade do direito. Tal caracterização apresentada por Dworkin acerca do positivismo compreende os princípios como elementos extranormativos a que os juízes recorrem quando exercem seus poderes discricionários quase legislativos. Nesse sentido, os princípios limitam-se a servir como fundamento no processo de criação de novas leis e não para auxiliar o intérprete a estabelecer o conteúdo do direito válido.

O positivismo inclusivo, no entanto, rechaça essas ideias, partindo do argumento segundo o qual não há razão para se supor que uma lei válida não possa também apresentar dimensão de peso.⁴ Da mesma forma, não há razão para sustentar que os princípios que possuem peso não possam também satisfazer os testes de validade. Logo, validade jurídica e a dimensão de peso não são propriedades lógicas incompatíveis. Isso porque não é verdadeira a regra segundo a qual se estão concretizados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, hipótese em que a resposta deve ser aceita, ou não o é, o que significa que em nada contribui para a decisão. Não é verdadeira uma vez que uma regra que não contribui em absoluto com uma decisão em particular pode continuar sendo juridicamente válida e com força institucional no sistema.

O mesmo ocorre com os princípios que, uma vez sopesados, continuam, ambos, tendo validade jurídica. Isso demonstra que a validade e o peso não apresentam propriedades lógicas incompatíveis, sendo, portanto, falacioso argumentar que os critérios morais de validade jurídica encontram-se excluídos do positivismo, uma vez que estes critérios devem ser sopesados e o peso é logicamente inconsistente com a lógica do tudo ou nada própria da validade das regras. Nesse sentido, o argumento da validade não estabelece razão alguma para desqualificar o positivismo inclusivo como uma forma possível de positivismo jurídico.

O segundo argumento de Dworkin para comprovar a inconsistência do positivismo refere-se ao teste de *pedigree* ou linhagem, que estabelece critérios de validade, ao condicionar o caráter jurídico de uma norma à sua origem ou estirpe, independente de toda consideração moral. Segundo este argumento, o direito é um conjunto de regras especiais que podem ser

⁴ Dworkin cita Joseph Raz, que, ao contrário de sua tese, argumenta que não são apenas os princípios que possuem dimensão de peso e importância, mas também as regras e, com isso, acredita Raz que esse fato solapa a distinção de Dworkin entre regras e princípios. Utiliza Raz como exemplo de sua tese a regra de direito penal que proíbe uma agressão e de outra que permite a legítima defesa. Aduz que ambas são regras jurídicas válidas, que estão em conflito entre si, devendo o juiz, para solucionar esse conflito, fazer uma ponderação entre as duas regras (dimensão de peso). Dworkin aduz, ao contrário, que esse aparente conflito retrata, na verdade, uma regra e uma exceção à regra. Segundo Dworkin, Raz parte de diferente pressuposto para a conceituação e diferenciação entre regras e princípios. Para ele, a distinção reside em que as regras prescrevem atos específicos e os princípios, atos inespecíficos. Mas, a verdade é que muitas vezes as regras e princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduziria-se a quase uma questão de forma (DWORKIN, 2002, p. 36-50).

identificadas e distinguidas por meio de critérios específicos que não analisam o conteúdo, mas a maneira pela qual foram produzidas.

Segundo Dworkin, essa caracterização típica do positivismo é insuficiente, uma vez que exclui os princípios do conceito de direito, notadamente por não poderem os mesmos satisfazer os testes de linhagem, de conteúdo neutro, baseados em fontes, contidos na regra de reconhecimento positivista. Essas ideias geram as seguintes conclusões, segundo Dworkin: o positivismo é incompatível com a existência e natureza moral dos princípios e o positivismo inclusivo, ao admitir a dimensão moral dos princípios, é uma versão teórica incoerente do positivismo.

No entanto, esse argumento do *pedigree* se apóia em uma compreensão equivocada do positivismo, que se sustenta na ideia segundo a qual essa teoria embasa-se exclusivamente em critérios de validade de pura linhagem. Porém, algo mais que a linhagem é importante para determinar a validade jurídica. Trata-se da dimensão de moralidade comumente presente nas constituições que provoca a carência da força normativa de uma disposição de lei que seja contrária aos seus parâmetros morais.

Nesse sentido, o positivismo não se limita a testes de validade baseados exclusivamente em dimensões formais, mas permite que os princípios morais, aceitos pela regra de reconhecimento, sejam compreendidos como direito válido. A partir dessas ideias, afirma-se que o argumento do *pedigree* não logra destruir o positivismo inclusivo, mas apenas uma certa versão do positivismo jurídico, o positivismo exclusivo que ignora por completo o valor moral do direito ao restringir os testes de validade a testes não morais.

A partir dessas premissas, poder-se-ia concluir que o positivismo jurídico desnaturara-se de vez, ao romper com a diferença entre a existência do direito (plano do ser) *versus* seu mérito ou demérito (plano do dever ser), o que o conduziria a renunciar seus postulados centrais de separação entre o direito e a moral, e a aderir a teorias naturalistas ou interpretativistas como no direito como integridade. Não obstante, os requerimentos morais, não necessários, aceitos pelo direito vigente, são apenas aqueles que forem incorporados, como questão de fato social contingente, pela regra de reconhecimento, o que afasta o positivismo das outras duas teorias visceralmente moralistas, a naturalista e a interpretativista, que defendem a presença necessária e incondicional da moralidade no âmbito de validade do direito, permanecendo o positivismo, a despeito de sua ligação moral, teoria viável e compatível com os pressupostos positivistas.

O terceiro argumento de Dworkin para mostrar a inconsistência entre o positivismo e os juízos de moralidade refere-se ao argumento da função, segundo a qual, para o

positivismo jurídico, o direito é concebido como uma instituição pública que tem por escopo prover um conjunto determinado, público e confiável de *standards* para a conduta pública e privada, capaz de estabelecer, com certa precisão, os critérios de validade a fim de resolver as questões sociais de modo claro e determinado. No entanto, autores positivistas como Hart defendem a inclusão deliberada de termos flexíveis, a textura aberta do direito para evitar resultados injustos ou defasados.

Isso significa que os valores da certeza e previsibilidade podem ser somados a outros valores que impedem que com o direito se obtenha resultados absurdos ou repugnantes nos casos de violação dos direitos e liberdades fundamentais da moral política. Um positivista inclusivo não está impedido de conferir ao direito referida função descritivo-explicativa, que parte da ideia de que nas principais constituições democráticas é verdadeira condição de validade não violar os princípios de moral política, o que conduz à premissa de que a moralidade encontra-se, sim, no centro do conceito de validade do direito nos principais sistemas jurídicos modernos.

Essa versão inclusivista nega, conseqüentemente, a tese do positivismo jurídico exclusivo defendida por teóricos como Joseph Raz, Andrei Marmor e Scott Shapiro que, no fundo, parece mais uma reafirmação, ainda que com novos argumentos, do modelo positivista proposto por Herbert Hart, empenhando-se em ser mais hartiano do que o próprio Hart.

O positivismo exclusivo não aceita as concessões da teoria positivista às teorias rivais e, nesse sentido, exclui a moral dos fundamentos lógicos e conceituais de determinação do direito válido, considerando-a um elemento exógeno, ao defender a cisão radical entre direito e moral, a partir da tese de que é conceitualmente impossível ao direito incorporar critérios morais para sua validação. Seguindo essas ideias, caso o sistema jurídico internalize valores ou princípios morais, ele se desvanece, deixando de ser rigorosamente jurídico. Assim, decisões judiciais que eventualmente afastem uma norma em razão de um juízo de valor que a repete moralmente inaceitável, não são decisões propriamente jurídicas.

Segundo Scott Shapiro, os fatos morais não podem determinar o direito, uma vez que perturbariam as questões que o direito tem por escopo resolver. Seguindo esse entendimento, Shapiro reconhece a existência de desacordos teóricos no direito, entretanto, não deduz daí o uso da moralidade política para resolver os tais desacordos. Segundo Shapiro, é possível afirmar que a interpretação nem sempre se baseia no consenso. Porém, existe a possibilidade de averiguar a metodologia de interpretação jurídica mais adequada a partir dos próprios fatos sociais. Ao se defender a primazia dos fatos sociais, Shapiro afasta a moralidade da determinação do direito, uma vez que ela é a responsável pela frustração do propósito da

autoridade legal. Nesse sentido, “*as normas guían la conducta a través de la resolución prescriptiva de cuestiones morales y políticas*”. (SHAPIRO, 2012, p. 148).

Sobre a tese da separação entre direito e moral, é importante registrar que a ideia de definição do direito isenta de valores restringe-se à versão minoritária do positivismo jurídico nos dias atuais. Portanto, a separabilidade proposta refere-se à tese segundo a qual é conceitualmente possível a um sistema jurídico incorporar critérios morais, mesmo que, eventualmente, essa conexão não se realize. Entretanto, qualquer ligação possível é meramente contingente e não necessária.

Isso significa que muitos positivistas reconhecem, amiúde, conexões contingentes entre o direito e a moral. Muitas leis válidas expressam juízos morais, como as leis penais relativas ao furto e roubo. Entretanto, existem leis válidas insuscetíveis de defesa moral, como as leis segregacionistas do Sul da África. E essa falibilidade moral, em regra, não descaracteriza a validade do direito, ainda que injusto. Nesse sentido, o direito injusto, ainda que direito de má qualidade, persiste sendo direito.

Entretanto, mesmo para teóricos do positivismo, como Coleman e David Lyons, a identificação de uma regra como válida dentro de um sistema jurídico pode depender de fatores morais, é dizer, de princípios e valores que podem servir como possíveis fundamentos que um sistema jurídico poderia adotar para determinar a existência de leis válidas, precisamente no caso de uma regra de reconhecimento acolher testes ou critérios explicitamente morais para estabelecer a validade das leis de um sistema. Nesse sentido, se é possível que a regra de reconhecimento incorpore critérios morais, então, a própria validade de uma lei poderia não estar condicionada apenas por testes de *pedigree*, mas, inclusive, pela moralidade acolhida na regra de reconhecimento (WALUCHOW, 2007, p. 97).

Uma outra versão do positivismo renovado refere-se ao positivismo normativo ou ético, que parte da ideia segundo a qual não cabe uma definição moralmente neutral do fenômeno jurídico, o que provoca uma quebra ao descritivismo característico das teorias positivistas. Nesse sentido, a teoria há de ser descritiva, bem como prescritiva de como o direito deve ser. O positivismo normativo defende, pois, uma postura normativa do direito e, assim, trata-se de uma concepção político-moral que, conforme o pensamento de Waldron, por exemplo, sustenta-se na ideia procedimental de democracia e autogoverno de cidadãos livres, iguais e autônomos. São representantes desse modelo autores como Jeremy Waldron, Gerald Postema e Tom Campbell.

Segundo essa corrente, os juízes não devem fazer uso de seus pontos de vista ideológicos no momento de identificar o direito de cada caso. O positivismo normativo

preceitua, em última instância, que a existência dos critérios de validade jurídica depende de fatos sociais e não de argumentos morais. E essa ideia tem implicações concretas na autoridade e na legitimidade da legislação. No entanto, defende que o conceito de direito depende dos valores fundamentais que o império da lei tenta garantir e, nesse sentido, não é possível defender a tese da separação entre direito e moral sem antes considerar certos compromissos normativos. Para essa corrente, estes compromissos normativos ou valores são “*coordinación, resolución de conflictos y estabilidad de las expectativas (predictibilidad y equidad procedimental)*” (MELERO DE LA TORRE, 2012, p. 21).

E é a persecução desses valores que exige a atuação dos aplicadores do direito de acordo com o que exigem as normas válidas, outorgando a primazia dos critérios de validade formal sobre qualquer conteúdo ou critério material. Nesse sentido, esta vertente do positivismo defende uma tese prescritiva e não meramente descritiva da separação entre direito e moral. Ainda que reconheçam “*que es imprescindible usar el juicio moral para saber qué es derecho en términos filosóficos, no lo es, ni debe serlo, sin embargo, para identificar cuál es el derecho válido en una determinada jurisdicción*” (MELERO DE LA TORRE, 2012, p. 21), o que garante a autonomia do direito sobre a moral e o afastamento da moralidade política como critério para identificar o direito válido em uma comunidade política.

Os profundos desacordos morais existentes nas sociedades democráticas seriam, precisamente, a razão pela qual o positivismo normativo defende a separação entre direito e moral. Nesse sentido, é porque as práticas sociais comumente têm um elevado nível de controvérsia e discussão em regimes democráticos baseados na liberdade, que o direito não deve identificar-se mediante outros elementos que não sejam fatos sociais, sob pena de procrastinar sempre a discussão jurídica e, conseqüentemente, de esvaziar de sentido o fato de se ter um Estado de Direito.

Na teoria de Jeremy Waldron, resta clara sua posição acerca da teoria da autoridade e legitimidade da legislação democrática, que é o produto de um procedimento deliberativo desenvolvido no Parlamento representativo. Trata-se de uma teoria crítica ao poder de controle e de veto de tribunais não representativos. Situa-se nos marcos de uma teoria normativa, uma vez que constrói um modelo de como deveria ser o desenho institucional para acolher adequadamente os valores políticos das sociedades democráticas (WALDRON, 2005, p. 43-54).

Para o seu positivismo normativo, o direito moderno, preponderantemente escrito e legislado segundo as regras instituídas, possui valor e dignidade em razão de determinadas características que acompanham a concepção jurídica da modernidade, tal e como foi

concebida pelos precursores do positivismo, como Bentham e Austin. Essas características são, entre outras: a) o fato de que a legislação é o resultado de um processo de deliberação democrática do Parlamento que possui autoridade para criar o direito, pondo fim a certos conflitos sociais, b) o fato de que a legislação resulta em um texto escrito que estabelece uma resolução clara, completa, sistemática. Essas características, segundo Waldron, dependem da finalidade última do direito positivo que é a supressão da arbitrariedade.

A única maneira de preservar a autoridade do legislador democrático e de preservar a dignidade da legislação consiste em não introduzir considerações morais ou de qualquer outro tipo na determinação e aplicação do direito, é dizer, em não ultrapassar os estreitos limites da atuação adjudicatória do direito, devendo os aplicadores e intérpretes judiciais ser fiéis à produção legislativa, esta sim, capaz de produzir democraticamente o direito válido. Dado que no processo interpretativo existem os desacordos morais e divergências sobre os princípios em jogo, *“un juez a quien se le atribuye la función de realizar juicios morales debería decir ‘yo pienso que’ o ‘por supuesto, ésta es sólo mi opinión’. Si el juez piensa en el hecho de que el no es la única persona en la sociedad con una opinión sobre la cuestión de la que se ocupa (...), será consciente de que hay alguna arbitrariedad en el hecho de que sus opiniones prevalezcan sobre las de los demás”*. (WALDRON, 2005, p. 216). Nesse sentido, nota-se que o positivismo normativo de Waldron concebe uma teoria da interpretação judicial limitada à fidelidade da produção legislativa.

São essas algumas das principais discussões contemporâneas afetas ao positivismo que se renovou e sofisticou a partir da entronização de valores humanos, morais e de justiça irrenunciáveis nas constituições das principais democracias ocidentais. E apesar da crença generalizada de sua crise e superação, o positivismo jurídico ainda pretende afirmar-se como paradigma dominante na modernidade.

CONCLUSÃO

Com a difusão dos valores da economia mercantil burguesa, o horizonte sombrio do mito é aclarado pela luz da racionalidade, sob cujos raios gelados amadurece a sementeira da nova catástrofe. Sob o amparo da dominação, o trabalho humano tendeu a se afastar do mito, voltando a cair sob o seu influxo, levado pela mesma lógica de dominação. Nesse sentido, verifica-se que não é o malogro do progresso, mas exatamente o progresso bem-sucedido que é o responsável pelo seu próprio oposto. A maldição do progresso irrefreável acaba sendo, segundo Adorno e Horkheimer, a irrefreável regressão.

No plano jurídico, o direito positivo legalizou a experiência do nazismo com mais de duas mil leis válidas que serviram como instrumentos de legalização, sob a perspectiva weberiana de uma dominação legal racional. Com essa evidente crise do positivismo jurídico, viveu-se uma reaproximação entre direito e moral e uma construção gradativa de teorias críticas e/ou renovadas do positivismo, defensoras da ideia de que a argumentação jurídica depende e/ou pode depender da argumentação moral. O trabalho refletiu sobre esse cenário de mudanças com a crise da modernidade e de abertura do direito a discursos metajurídicos, a partir de algumas respostas contemporâneas apresentadas pelas versões renovadas do positivismo jurídico.

Nesse contexto de entronização dos valores humanos, morais e de justiça irrenunciáveis nas constituições das principais democracias ocidentais, nota-se uma significativa sofisticação e apuramento das teses positivistas, notadamente com o positivismo normativo e positivismo inclusivo, que estabelecem a possibilidade de conexão entre direito e moral. E apesar da crença generalizada de crise e superação do modelo positivista, grande parte dos trabalhos mais destacados da filosofia do direito angloamericana contemporânea segue apresentando-se como positivistas, o que acena à ideia de que o positivismo ressurgiu e se reestruturou como modelo teórico dominante.

Nesses termos, algumas correntes desse positivismo reformulado passaram a reconhecer a crescente valorização da Constituição e de seus princípios de justiça e direitos humanos. Entretanto, consideram, no mais das vezes, que a realização desses direitos é inconcebível fora do horizonte teórico do próprio positivismo. E é evidente que o sentido último da dimensão moral dos direitos humanos não reside na sua simples internalização nos sistemas jurídicos positivos, mas em seu fundamento e justificação moral.

As reformulações, conforme visto, caminham no sentido de reconhecer a necessidade de realizar valorações morais no interior da ordem jurídica, uma vez internalizados esses valores, ou no sentido de afirmar a existência de uma relação entre direito e moral, ainda que de maneira contingente. Entretanto, em que pese essas reformulações e respostas apresentadas pela teoria positivista, caso se aceite que os direitos humanos são exigências morais universalmente válidas, o direito deve reconhecer tais exigências e esta é uma vinculação necessária.

Nesse sentido, as respostas apresentadas pelo positivismo permitem a persistência da dúvida sobre se, com as reformulações efetuadas, não estaria o positivismo vulnerando sua tese principal de separação entre direito e moral e, ainda assim, apresentando uma resposta

baseada em doutrina carente de fundamento e justificação adequados, em face à operatividade e irrenunciabilidade do discurso ético-valorativo dos direitos humanos.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, HORKHEIMER. **Dialética do Esclarecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

ARANTES, Otília B. Fiori; ARANTES, Paulo Eduardo. **Um Ponto Cego no Projeto Moderno de Jürgen Habermas**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981.

ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. São Paulo: Perspectiva, 1972.

_____. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ARGÜELLES, Juan Ramon de Paramo. **H. L. A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

AUSTIN, John. "The Province of Jurisprudence Determined". In: MORRIS, Clarence (org.). **Os Grandes Filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 334-363.

BENJAMIN, Walter. **Magia e Técnica, Arte e Política. Ensaio sobre Literatura e História da Cultura**. São Paulo: Brasiliense, 1993.

BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

DEBORD, Guy. **La Sociedad del Espectáculo**. Valencia: Pré-Textos, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FREEMAN, Samuel. "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review". In: **Law and Philosophy. An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy**. Vol. 09, N. 04, 1990-1991, pp. 327-370.

HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

_____. "American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream". In: **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1983, pp. 123-144.

HOMERO. **Odisséia**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

LEITER, Brian. **Naturalismo y Teoría del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

_____. “Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence”. In: **The American Journal of Jurisprudence**. Vol. 48, 2003, pp. 17-51.

LYOTARD, J. F. **A Condição Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: José Olímpio, 2008.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. **H. L. A. Hart. Abogado del Positivismo Jurídico**. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1997.

PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel. **Coherencia y Sistema Jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2006.

RAMOS PASCUA, José António. **La Ética Interna del Derecho**. Bilbao: Desclée De Brouwer, 2007a.

_____. **La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A Hart**. Madrid: Tecnos, 1989.

_____. “Positivismo Jurídico e Derechos Humanos”. In: PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel; ÁNGEL RODILLA, Miguel (Eds.). **Jurisdicción, Interpretación y Sistema Jurídico**. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2007b, pp. 111-135.

RAZ, Joseph. **Razão Prática e Normas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. “H. L. A. Hart”. In: **Revista de Ciencias Sociales**. Vol. 28, 1986, pp. 17-31.

RODRIGUEZ, César. **La Decisión Judicial. El debate Hart – Dworkin**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997.

SHAPIRO, Scott J. “El Debate “Hart-Dworkin”: Una Breve Guía para Perplejos”. In: MELERO DE LA TORRE, Mariano C. (Editor). **Dworkin y sus críticos**. México: Tirant lo Blanch, 2012.

WALDRON, Jeremy. “¿Ha Respondido Dworkin a los Estudios Críticos del Derecho?”. In: MELERO DE LA TORRE, Mariano C. (Editor). **Dworkin y sus críticos**. México: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 261-308.

_____. **Derecho y Desacuerdos**. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2005.

WALUCHOW, Wilfrid. **Positivismo Jurídico Incluyente**. Madrid: Marcial Pons, 2007.