

O positivismo jurídico foi superado no neoconstitucionalismo?

Was legal positivism overcome in neoconstitucionalism?

Juraci Mourão Lopes Filho¹

Centro Universitário Christus, Brasil
juracimourao@gmail.com

Júlio César Matias Lobo¹

Centro Universitário Christus, Brasil
julio.lobos@defensoria.ce.def.br

Taís Vasconcelos Cidrão¹

Centro Universitário Christus, Brasil
taisvcidrao@hotmail.com

Resumo

O presente artigo propõe que não houve a superação do positivismo jurídico pelo pós-positivismo indicado como marco filosófico do neoconstitucionalismo. Para demonstrar isso, expõe-se a evolução do positivismo jurídico e suas principais teses (separabilidade, convencionalidade e das fontes), de modo a evidenciar como resistem às críticas pós-positivistas atuais e concluir que apenas uma versão do positivismo formalista e legalista é rejeitada. Uma efetiva alternativa ao positivismo demandaria a completa incorporação de teses não positivistas (como o interpretativismo de Dworkin), que se apresentam incompletas na prática e nos estudos do Direito no Brasil. A pesquisa, portanto, é de natureza bibliográfica com a leitura da doutrina especializada sobre o assunto, além de análise jurisprudencial/documental.

Palavras-chave: positivismo, pós-positivismo, neoconstitucionalismo, interpretativismo.

Abstract

This paper indicates that there was no overcoming of legal positivism by post-positivism indicated as a philosophical framework of neo-constitutionalism. In order to demonstrate this, the evolution of legal positivism and its main theses (separability,

¹ Centro Universitário Christus. Rua João Adolfo Gurgel, 133, Bairro Cocó, 60190-060, Fortaleza, CE, Brasil.

conventionality and sources) are exposed, in order to demonstrate how they resist the current post-positivist critiques and conclude that only a version of formalistic and legalistic positivism is rejected. An effective alternative to positivism would require the complete incorporation of non-positivist theses (such as Dworkin's interpretivism), which are incomplete in practice and law studies in Brazil. The research, therefore, is of bibliographic nature with the reading of the specialized doctrine on the subject, besides jurisprudential/documentary analysis.

Keywords: positivismo, post-positivism, neo-constitutionalism, interpretativism.

Introdução

A doutrina constitucionalista brasileira vem erigindo a dogmática do Direito Constitucional sobre o que vem chamando pós-positivismo, emprestando a essa perspectiva teórica uma importância e relevo que se entende desproporcionais após se emprestar a devida atenção a suas premissas.

Não é de todo correto sustentar que essa seja uma teoria bem delineada e que efetivamente suplante e substitua o positivismo, pois se opõe, na verdade, àquilo que de maneira genérica e não aprofundada se difunde como sendo o positivismo jurídico. Opõe-se, quando muito, a uma imbricação entre o positivismo, o legalismo e o formalismo, inexistente em versões contemporâneas do positivismo jurídico.

O objetivo do presente texto é tentar apontar que o “pós-positivismo”, que embasa o neoconstitucionalismo, deixa intocadas as teses centrais de versões mais bem elaboradas do positivismo jurídico, como apresentado pelo chamado positivismo inclusivo; e não responde, ainda, às propostas do positivismo exclusivo. No mesmo sentido, buscar-se-á expor que há incorporações incompletas de pretensões não positivistas, como as de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Por meio de um estudo eminentemente bibliográfico, se tentará afastar falsas compreensões que têm levado a doutrina e a prática jurídicas brasileiras a um comportamento errático em torno de teses centrais para a Teoria Geral do Direito, e que tem influência determinante na concepção e aplicação da Constituição e das normas infraconstitucionais.

Toda prática jurídica tem, necessariamente, uma base teórica, ainda que velada e não refletida. Buscar maior rigor teórico não é, nesse sentido, mero exercício de academicismo, mas essencialmente a busca de fundamentos mais firmes para se realizar e compreender o Direito. Seja quando um professor escreve e leciona sobre os ramos tradicionais do Direito, seja quando um juiz julga uma causa ou um advogado patrocina os inte-

resses de uma parte, subjaz necessariamente uma perspectiva teórica, que influencia silenciosa e fortemente essas atividades. Dessa forma, tanto melhor tomar consciência e bem adotar uma perspectiva teórica profunda para impedir uma prática errática.

Não se busca defender aqui o positivismo como a melhor proposta teórica na atualidade, mas demonstrar que é preciso avanços mais concretos e adoção de teses mais bem calcadas do que a atualmente propostas pelo pós-positivismo, marco teórico do neoconstitucionalismo.

Positivismo jurídico: evolução e teses fundamentais

Premissas epistemológicas do positivismo

Não se pretende aqui analisar detalhadamente todas as diversas versões do positivismo jurídico, seria mesmo tarefa impossível para um único artigo, mas apresentar suas teses centrais e como elas se apresentam em algumas versões mais relevantes da atualidade. Destaca-se, inicialmente, que o positivismo jurídico tem uma premissa epistemológica fundamental a respeito de como se faz teoria de um modo geral para, então, propor sua Teoria do Direito.

As correntes positivistas de um modo geral partem da compreensão de que racionalmente se faz teoria descrevendo o objeto de estudo, de maneira livre de qualquer juízo de valor. Teorizar é tida como uma atividade racional, e um juízo racional deve ser objetivo, o que exclui elementos que não possam ser identificados e descritos. Não é, pois, uma atividade prescritiva (normativa); não é uma proposta de como o objeto de estudo deveria ser segundo algum padrão ideal, mas como ele efetivamente é e se apresenta, buscando apontar os traços similares nos vários exemplos observados para identificar o que possuem em comum entre si.

No particular caso da teoria do Direito, não se busca, por via de consequência, uma explicação de como o Direito deveria ser em sua melhor forma, de-

terminada segundo uma moral objetiva ou específico conceito de justiça, mas descrever de maneira precisa e sem influência desses elementos intangíveis aquilo que de comum se identifica como Direito nos vários locais e períodos em que ele se apresenta. Essa é a tese da separabilidade entre Direito e moral no meta-nível teórico da epistemologia.

Não que o direito positivo não traga elementos morais. Positivismo e direito positivo não são a mesma coisa. Kelsen (2009), por exemplo, entende que o direito positivo sempre terá um conteúdo moral, mas de uma moral também positiva, identificada por observação sobre fatos (padrões de conduta garantidos por uma sanção social não institucionalizada). Ele rejeita que se possa observar um conteúdo moral, justamente porque não é passível de escrutínio objetivo. Daí se erige um conceito de Direito centrado no modo de ele se expressar: por meio de normas com certas características obtidas em uma fonte social autorizada. Kelsen (2009) entende que o Direito é um conjunto de normas (com estrutura condicional “Se f, então Sc”, em que a norma primária é aquela que estatui uma sanção pelo descumprimento do consequente de uma norma de conduta, chamada por ele de norma secundária) garantidas por uma sanção institucional, cuja dinâmica e estática descreve sem pressupor qualquer conteúdo necessário ou devido.

Herbert Hart, por sua vez, entende que o Direito é um conjunto de normas primárias (que estabelecem condutas) e secundárias (que prescrevem poderes para criar, modificar e jogar a desobediência às normas primárias) normalmente seguidas por uma comunidade com um sentido de obrigatoriedade. Conquanto Hart entenda que um Direito justo e moral será mais duradouro e eficaz, ele também aponta que não deixará de ser Direito uma ordem de normas primárias e secundárias que seja imoral ou injusta; poderá até ser um Direito pouco eficaz e bastante instável, mas, tendo essa forma, será Direito.

A relação com o conteúdo moral, portanto, se dá no nível objeto (do Direito positivo) e será contingencial, segundo Hart, e necessário (mas a uma moral positiva), segundo Kelsen. Não há, na visão de Kelsen, por exemplo, uma moral objetiva que possa vir a compor necessariamente a descrição do que seja o Direito, já que a objetividade demanda justamente uma atividade descritiva que não envolva valores.

A inserção de elementos morais no direito positivo de um determinado país não é controlada ou disciplinada pelo próprio Direito, mas é realizada por atos de política legislativa e mesmo por decisões judiciais, quando o juiz escolhe, dentro do quadro hermenêutico, uma

entre as várias interpretações possíveis de um enunciado normativo. Destaque-se: a moral que há no Direito positivo é tratada pela política, não pelo próprio Direito.

Para os positivistas, portanto, teorizar é descrever objetivamente, e teorizar sobre o Direito é descrever sem nenhum juízo de valor; ou considerando apenas elementos empiricamente verificáveis, aquilo que se apresenta nas práticas sociais como sendo o Direito. Uma teoria jurídica será tanto melhor quanto melhor explicar os vários aspectos dessas práticas sociais nos diversos locais e épocas.

Pode-se afirmar, por via de consequência, que o positivismo jurídico não reconhece outro Direito que não aquele expresso em normas oriundas de fatos sociais identificados, justamente por ser, repita-se, o único passível de descrição racional objetiva nos termos acima expostos. Nesse sentido, é a lição Kelsen (2009, p. 1):

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quando não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.

A premissa epistemológica do positivismo, mesmo em versões anteriores a Kelsen e Hart, foi bem ao encontro do racionalismo dominante no ocidente após as revoluções liberais do século XVIII. Para os juristas franceses oitocentistas, por exemplo, o positivismo se apresentou como ferramenta teórica politicamente conveniente, pois o direito posto (direito positivo) foi equiparado ao direito legislado estatal, centrando toda a juridicidade no novo modelo de Estado que, então, se instalava. As fontes sociais do Direito foram entendidas apenas como fontes estatais, as quais, quando muito, admitiam subsidiariamente outros fatos sociais como produtores do Direito, como o costume.

Afastar a concorrência da moral e da Justiça, elementos metafísicos que servissem de uma régua para medir o Direito estatal, foi bastante conveniente. Centrou-se o jurídico naquilo que a “vontade popular” estatuiu por meio de textos aprovados pelo Legislativo segundo rito pré-determinado. Se uma lei fosse injusta,

isso não era um problema jurídico, mas um problema político, a ser solucionado no parlamento, mediante articulação política para substituir aquela lei por outra melhor. O modo de relação entre o Direito e a moral política seria, portanto, operada pelo legislador, que plasmaria no texto legislativo as escolhas e conformações, sem o Direito servir de critério para julgar essa decisão do legislador, que seria, diga-se mais uma vez, política, fora do controle jurídico.

Foi nesse período que o positivismo se ligou a outra teoria: o formalismo jurídico.

Positivismo e formalismo

O formalismo jurídico propõe que a apreensão da realidade pelo Direito se dê por meio de categorias e concepções simplificadoras da realidade consignadas nos textos legislativos. É possível exemplificar isso com o casamento. A despeito da enorme complexidade social e pessoal que um longo relacionamento entre duas pessoas invoca, era, na perspectiva formalista, compreendido como um contrato bilateral disciplinado em um código exaustivo e sistematizado. A partir desse retrato da realidade social na forma de um contrato, e segundo a sistematização com outros elementos próximos também tratados no diploma legal, o casamento era apreendido juridicamente. Claramente, ficam alheios ao trato estritamente jurídico, nessa perspectiva, todos os dados da realidade que não passam por esse filtro formal e legal.

As grandes codificações oitocentistas, ainda incensadas durante boa parte do século XX, representavam o grande instrumento para a apreensão da sociedade pelo Direito segundo a perspectiva formalista. A moral estaria subjacente nas escolhas políticas do legislador ao redigir o código dessa ou daquela maneira. Ainda no exemplo do casamento, ao se dispor no texto legal que casamento era a união entre um homem e uma mulher, deixava-se de fora da apreensão jurídica o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo. Percebia-se, assim, que o Direito posto traz sempre escolhas morais, as quais são exercitadas politicamente no Legislativo, o que não impede, em um plano epistemológico, se compreender o Direito apartado dessas escolhas contingenciais. O Direito, nessa perspectiva, não apresenta qualquer elemento capaz de permitir o controle jurídico dessa escolha, salvo o dever de observância do processo legislativo pelo legislador, onde se fariam as escolhas morais.

A Escola da Exegese é o mais exacerbado exemplo de teoria que liga positivismo e formalismo, talvez

por isso ainda seja bastante lembrada, apesar de sua pouca influência no positivismo contemporâneo.

É fácil perceber que com a ligação entre o positivismo e o formalismo se ganha, de um lado, em segurança no trato da realidade que vem simplificada por categorias formais e técnicas interpretativas limitadas; por outro lado, também não é difícil imaginar que justamente todos os elementos da realidade expurgados pelo filtro formalista exercerão uma pressão regulativa sobre o Direito positivo. Menezes Cordeiro bem destaca que “o formalismo e o positivismo, apresentados, respectivamente, como predomínio de estruturas gnosiológicas de tipo neo-kantiano e como a recusa na Ciência do Direito de considerações não estritamente juspositivas constituem o grande lastro metodológico do século XX” (Canaris, 2002, p. XVI). Indica justamente nessa relação o motivo para o século XX representar “na Ciência do Direito, um espaço de letargia relativa. Uma agitação prenunciadora de mudança viria a registrar-se apenas no seu último quartel” (Canaris, 2002, p. IX).

É principalmente o formalismo que responde por muito daquilo que ainda se aponta equivocado no positivismo. Conquanto a Escola da Exegese não tenha tido maior prevalência do pensamento jurídico ocidental, suas bases dominam o imaginário da prática jurídica ao longo de todo o século XX, e ainda se apresentam no Brasil como um modelo paradigmático de positivismo. Quando se acusa, de modo depreciativo, alguém de ser positivista, tem em mente não o positivismo como ele se apresenta nas formas mais sofisticadas, mas o positivismo aliado ao formalismo e ao legalismo.

A ligação positivismo/formalismo persistiu, ainda que sem o rigor exegético, sobretudo no raciocínio jurídico e na hermenêutica jurídica, que se valiam, e ainda se valem em várias propostas teóricas, de elementos de lógica formal, que prestigia métodos alheios às influências substanciais sobre a compreensão. No entanto, ao ser submetido a um rigoroso escrutínio teórico, é percebido que o formalismo jurídico, ainda que assegure a segurança pela simplificação da realidade, não conseguiu apresentar respostas eficazes às grandes mudanças do segundo quartel do século XX, daí sua pouca longevidade, apesar da clara atratividade.

É por isso que, nas palavras de Bruno Torralba Amorim de Almeida (2012, p. 6469): “o positivismo exegético foi uma realidade contingente, estranha à esmagadora maioria das teorias positivistas, estando hoje totalmente desacreditado”. O positivismo busca, desde o segundo quartel do século XX, se desprender do formalismo, tendo versões que o afastam por completo, admitindo a incorporação de elementos substanciais na argu-

mentação e interpretação do Direito. Contudo, as bases daquilo que se deve entender por positivismo, sobretudo a premissa epistêmica descritiva se mantém.

Essa forma de positivismo – próprio da realidade francesa, mas jamais encampado com maior vigor em outras ordens jurídicas – foi bem refutada pelo positivismo normativista, cunhado por Hans Kelsen e Herbert Hart. Kelsen defende no capítulo VIII em sua “Teoria Pura do Direito” a utilização da famosa moldura interpretativa. Em outras palavras, a norma jurídica não é capaz de vincular uma interpretação única unidirecional, mas sim delimitar um espectro de interpretações diferentes, entre as quais o juiz deve escolher a que melhor soluciona cada caso concreto. Daí o decisionismo, no qual há espaço para a discricionariedade, que por sua vez poderá levar à arbitrariedade por meio de uma decisão solipsista do juiz ao agir de acordo com a sua própria vontade e padrões pessoais. Mas esse aspecto será rebatido mais à frente.

O próprio positivismo jurídico buscou superar as velhas formas de exegetismo, mitigando bastante os aportes do formalismo legalista, já em declínio no final do XIX e início do século XX. Isso foi possível graças ao movimento da Escola do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses, da Jurisprudência dos Valores, além do realismo americano dos anos 20 e 30.

Essa evolução foi percebida por Kelsen (2009, p. 395), mas as suas atenções estavam voltadas para o estudo da interpretação jurídico-científica, isto é, da interpretação realizada pela ciência do Direito, que “não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica”. Isso significa dizer que não cabe à Ciência do Direito escolher a melhor interpretação, a interpretação “correta”. Essa tarefa, segundo Kelsen, é dos órgãos jurídicos, que realizam uma função jurídico-política. Disso resulta claro que Kelsen não tratou da interpretação do Direito no momento da sua aplicação, ou seja, da interpretação concreta. Na precisa lição de Lenio Streck (2010, p. 20):

Numa palavra: Kelsen já havia superado o positivismo exegetico, mas abandonou o principal problema do direito – a interpretação concreta, no nível da “aplicação”. E nisso reside a “maldição” de sua tese. Não foi bem entendido, quando ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma interpretação “pura da lei”!

Contudo, o positivismo revigorado no final do século XX e início do século XXI tem origem no mundo anglo-saxão, sobretudo porque gira em torno da proposta de conceito de Direito de Herbert Hart e o desafio apresentado por Ronaldo Dworkin.

É preciso, então, ter a percepção do positivismo analítico e do debate Hart/Dworkin, os quais só vem sendo explorado no Brasil há alguns poucos anos. Embora o neoconstitucionalismo brasileiro faça mensuras ao Direito como integridade e a tese dos princípios de Dworkin, o faz sem contextualizar com as premissas do positivismo hartiano que busca refutar. Contrapõem-se as ideias de Dworkin ao exegetismo, ou quando muito ao normativismo kelseniano, e o equipara à teoria dos princípios de Alexy. Isso são dois erros tanto comuns quanto graves. É dessa perspectiva analítica que emerge as versões mais vigorosas do positivismo na atualidade, e que não é bem tratado no “pós-positivismo”, que ainda mantém o foco em algumas tradições da Europa continental.

O positivismo analítico

É a proposta teórica de Herbert Hart que mais influencia o positivismo na atualidade e que tem papel fundamental na teoria do direito como um todo, pois é em contraposição a ela que teorias não positivistas (como o interpretativismo de Dworkin) são erigidas, e é a partir dela que o positivismo inclusivo e positivismo exclusivo se apresentam nos dias atuais.

Identifica-se no pensamento hartiano um aprimoramento da base epistemológica apresentada linhas atrás. Enquanto Kelsen procurou apreender o Direito como ciência em um sentido neo-kantiano (atividade racional não valorativa), Jeremy Bentham e John Austin, ainda no século XIX, tomaram o Direito como ciência em um sentido mais estrito como algo empiricamente verificável. Hart, por sua vez, foca no uso da linguagem para compreender as práticas sociais nela referida.

O autor mantém a perspectiva descritiva neutra ao não propor como o Direito deve ser. Busca compreender como ele é, mas não centra a análise diretamente sobre fatos brutos, mas mediados pela linguagem. É o que ele denomina de sociologia descritiva já no prefácio de sua obra: “a ideia de que a investigação sobre os significados das palavras lança luz apenas sobre estas é falsa”. Faz citação a John Longshaw Austin (filósofo que desenvolveu a teoria dos atos de fala) ao propor “uma consciência mais aguda das palavras para aguçar nossa percepção dos fenômenos” (Hart, 2009, p. X). Para Hart, portanto, termos como regra, obrigação, sanção entre outros correlatos não são definidos isoladamente, mas como parte integrante de um enunciado que, para ser compreendido, demanda um contexto.

É incorporada, dessa maneira, a reviravolta linguística da filosofia ocidental (ao menos a reviravolta pragmática em que estão inserido J.L. Austin, Searle e Wittgenstein) (Oliveira, 2006) na base epistemológica de sua teoria, pois a linguagem não é mais encarada apenas como instrumento para referir a algo apreendido diretamente por um ato de inteligência. A linguagem integra a maneira de o objeto ser para o sujeito que o observa dentro de um contexto de enunciação. Com isso, Hart se aproxima de Wittgenstein com seus jogos de linguagem. Contudo, não deixa de considerar a função descritiva da teoria, apenas admite que o objeto descrito tem dimensão relevante na linguagem, a qual deve ter papel principal na investigação. Continua, por isso, buscando indicar os elementos comuns daquilo que as várias sociedades ao longo do tempo denominam Direito em função do respectivo uso do termo, especialmente a partir do que denomina de ponto de vista interno (próprio daqueles que integram a sociedade regulada e que encaram o conjunto de normas como obrigatório) e externo (próprio de quem não integra o grupo social e não possui qualquer censo de obrigatoriedade, encarando os comportamentos exclusivamente de uma dimensão fática e de padrão de conduta observados). Nesse sentido, Will Waluchow, afastando algumas leituras equivocadas a respeito de Hart, escreve:

We can discern at least three different recommendations in these thoughts on methodology. First, in doing philosophy of law we should avoid the traditional, Aristotelian method of definition per genus and differentia. Second, no other method of definition, if applied to singular words like 'right', 'duty', 'corporation' or 'law' is likely to shed much light on the phenomena we seek to understand, at least in the case of a multi-faceted and somewhat puzzling phenomenon like law. Third, one and the same word or string of words can be used to serve different functions or roles in different sentences, as when a judge states that 'The defendant is liable for damages' and I later use this very same string of words in reporting that authoritative verdict. In other words, we very much need to be sensitive to the context of utterance when attempting to build an understanding of a phenomenon like law by examining the words and concepts typically employed in its analysis and/or practice (Waluchow, 2011).

Nessa busca, Hart propõe, como já adiantado, que o Direito é composto por regras, consistentes em um padrão de conduta comumente observado pelos membros de uma sociedade com um senso de obrigatoriedade. Nesse conceito, não se identifica a proposta de uma estrutura como faz Kelsen ao explicitamente

descrever o modelo "Se f, então Sc" para todas as normas jurídicas. Ao contrário, trata-se de conceito amplo e abrangente, que será utilizado mais tarde pelo próprio Hart e por positivistas inclusivos para absorver críticas em torno dos princípios.

Contudo, há outro ponto relevante na teoria hartiana: o Direito é composto por dois tipos distintos de normas. Isto também já foi adiantado acima. As normas primárias prescrevem condutas e as normas secundárias outorgam poderes para que uma autoridade crie, altere ou assegure normas primárias. Somente com o conjunto desses dois tipos de normas serão respondidas todas as demandas de uma sociedade complexa, pois soluciona os três problemas que há em uma ordem composta apenas com normas de conduta (primárias): incerteza, inércia e ineficácia.

A incerteza de um conjunto de normas primárias decorre da incapacidade de se identificar, exclusivamente a partir desse mesmo conjunto, quais outras normas de conduta seriam ou não Direito. Essa indefinição é solucionada por uma norma secundária, a regra de reconhecimento, que diz quais os critérios devem ser atendidos para que uma norma seja Direito. A validade de uma norma como Direito depende, nessa perspectiva, do preenchimento dos requisitos estatuídos na norma de reconhecimento.

A inércia, por sua vez, deriva do caráter estático de um conjunto formado apenas por normas primárias. É um problema que advém do fato de as regras de conduta não determinarem quem pode alterá-las, daí a necessidade de normas secundárias (normas de modificação) outorgando poderes a uma fonte autorizada para alterar as normas estabelecidas quando se fizer necessário.

Por fim, a ineficiência decorre do desrespeito das normas primárias e a necessidade de normas secundárias (normas de julgamento) outorgando poderes para um corpo de autoridades para julgar casos de violação a regras primárias.

A regra de reconhecimento é peça chave nessa teoria, sendo traduzida como algo complexo, que envolve, normalmente, uma Constituição, a promulgação de leis por um processo legislativo formal e precedentes judiciais, e não apenas uma regra única e simples, caracterizada por critérios formais ou com a estrutura "Se f, então Sc". A regra de reconhecimento é identificada a partir do comportamento das pessoas, especialmente dos *officials*, ao se perquirir o que elas consideram para identificar uma obrigação jurídica. Isso revela que a regra de reconhecimento não tem validade jurídica da mesma forma das demais normas do ordenamento. Normas se-

rão jurídicas se observarem as exigências da regra de reconhecimento, mas a regra de reconhecimento tem validade não porque atenda às exigências de uma outra norma, mas porque é empiricamente constatada pelo comportamento social.

Com essa proposta, Hart mantém a tese da neutralidade em relação à moral, a base epistemológica descritiva, a tese dos fatos sociais e a tese da convencionalidade (nos termos a serem detalhados a seguir). Destaque-se que não se identifica como necessário nenhum traço do exegetismo, que invoque a figura do juiz boca da lei ou mesmo maior vigor em torno do formalismo a fim de apreender a realidade a partir de categorias abstratas inseridas em um texto legal. Ao contrário, a partir da base em sua sociologia descritiva – que elide o formalismo exagerado da Escola da Exegese – Hart admite, similarmente a Kelsen, que a interpretação de regras, pela própria natureza da linguagem, não assegura sempre uma interpretação unívoca. Expõe que muitas vezes as regras, sejam elas primárias ou secundárias, possuem uma zona de foco de certeza positiva e uma zona de foco de certeza negativa, entre as quais identifica-se uma zona cinzenta de possibilidades interpretativas na qual o intérprete/aplicador, entre eles o juiz, exerce uma discricionariedade na escolha do sentido. Ademais, essas zonas de foco podem mudar ao longo do tempo, correspondendo ao que o autor denomina de textura aberta da norma.

O positivismo de Hart não tem, portanto, uma relação necessária com o formalismo jurídico, que pode ser justificado mesmo por uma razão histórica e social, porquanto o mundo anglo-saxão não experimentou do mesmo entusiasmo francês em torno das grandes codificações e sua visão política a respeito do parlamento é menos racionalista do que a que moldou o Estado de Direito francês logo após a revolução. Em verdade, houve uma reação no mundo inglês ao absolutismo do parlamento, encarado como portador pleno da vontade geral que a tudo se sobrepõe, e ao racionalismo formal que queria expurgar todos os elementos da tradição e costume, os quais, ao contrário, constituíram base de toda a compreensão político-institucional inglesa.

Posta a base do positivismo analítico nesses termos, o principal desafio veio da própria tradição anglo-saxã e de um ex-orientando de Herbert Hart: o americano Ronald Dworkin.

O debate Hart/Dworkin, que não se limita a textos dos dois autores, mas, sobretudo, de diversos teóricos que desenvolvem as propostas de um e de outro, é central na teoria do Direito nas últimas décadas, tendo mesmo reverberado na tradição do Direito continental.

Não se pretende fazer uma revisão completa do debate com suas nuances, caricaturizações mútuas e veladas revisões de parte a parte. Procura-se focar no que o debate contribuiu para mudar o positivismo jurídico, que a partir dele passa a se apresentar em novas formas, que respondem cada um a seu modo aos desafios propostos. Nesse tocante, seguir o mapeamento dos principais aspectos do debate feito por Scott Shapiro (2007) bem serve aos propósitos deste ensaio.

O desafio de Dworkin (2002) se inicia com o “Modelo de Regras I”, atualmente o capítulo 2 de “Levando os direitos a sério”. O autor apresenta o que, para ele, são as três teses básicas do positivismo jurídico: (a) o direito é um conjunto de regras assim identificadas por uma regra de reconhecimento, que utiliza um teste de *pedigree* para tanto, ou seja, importa apenas a fonte da norma, e não seu conteúdo ou peso moral; (b) o conjunto dessas regras corresponde integralmente ao que seja o Direito, e não havendo uma regra para solucionar o caso o juiz recorrerá a seu discernimento para julgar da melhor maneira que entender; (c) “dizer que alguém tem uma obrigação jurídica é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa” (Dworkin, 2002, p. 28).

Dworkin rejeita essas teses mediante a afirmação da existência de princípios, normas que valem enquanto Direito não porque passam por um teste formal estabelecido por uma regra de reconhecimento, mas tão somente por seu peso moral. A validade dos princípios, pois, não é uma questão de *pedigree* (da fonte social de onde provém a norma), mas de seu conteúdo. Com isso, ele elide a primeira tese do positivismo jurídico indicada acima em “a”. O autor ressalta ainda outras características dos princípios, como sua aplicação mediante ponderação; no entanto, esses outros aspectos perdem relevância no desenvolvimento do pensamento de Dworkin em suas obras seguintes, tornando-se características secundárias dos princípios, cuja feição principal é ter validade jurídica por seu peso moral e não atender a critérios de uma regra de reconhecimento.

Ao admitir a validade de princípios, Dworkin postula que o Direito não se exaure nas regras, tendo critérios para controlar a discricionariedade diante da insuficiência delas em regular um caso, refuta dessa maneira a segunda tese positivista descrita acima em “b”: não haveria uma discricionariedade em um sentido forte do intérprete/aplicador, diante da restrição imposta por princípios. Por fim, dizer que alguém tem uma obrigação não é mais um caso que simplesmente se enquadre em uma regra, porque também poderá haver obrigações

determinadas por princípios, rejeitando a tese apontada acima em “c”.

O não positivismo de Dworkin não se exaure apenas em sua tese dos princípios. Em “O Império do Direito”, o autor investe contra a base epistemológica do positivismo e a neutralidade do Direito em relação à moral com seu interpretativismo para, com esteio nele, erigir o Direito como integridade. Dworkin identifica que há certos desacordos em torno do Direito que são ignorados pelo positivismo em função do agulhão semântico, ou seja, na crença epistemológica do positivismo de que os desacordos entre teorias jurídicas ocorrem porque uma das teorias não está descrevendo adequadamente o objeto. No entanto, Dworkin propõe que não há um conceito de Direito, em torno do qual as teorias disputam por uma maior precisão em descrevê-lo, há apenas concepções de Direito, variáveis pela perspectiva moral necessária.

O americano entende que os desacordos existem porque os critérios morais condicionam necessariamente a concepção do Direito, que justamente por ser um fenômeno interpretativo só pode ser apreendido por uma interpretação moral. É partir disso que ele propõe o Direito como integridade, por propor a compreensão do Direito a partir de uma comunidade de princípios que dá coesão e permite a compreensão do Direito como uma obra conjunta. Com isso, Dworkin não só rejeita a tese da separabilidade entre Direito e moral, mas também a tese dos fatos sociais e o convencionalismo; tudo a partir de uma base epistemológica distinta, interpretativista, e com a ideia de integridade. Sobre essa segunda e mais bem formulada crítica de Dworkin, escreve Shapiro (2007):

Perhaps Dworkin sensed the impasse as well, for his critique changed dramatically after ‘The Model of Rules I.’ As we will see, the new objection, first broached in ‘The Model of Rules II’ but fully developed only in *Law’s Empire*, attempts to show that legal positivists are unable to account for a certain type of disagreements that legal participants frequently have, namely, those that concern the proper method for interpreting the law. The only plausible explanation for how such disagreements are possible, Dworkin claimed, is that they are moral disputes. Contrary to legal positivists, therefore, Dworkin argued that the law does not rest on social facts alone but is ultimately grounded in considerations of political morality as well as institutional legitimacy.

Essa segunda crítica de Dworkin ao positivismo não recebe resposta tão eficiente quanto à formulada a sua primeira proposta de identificar princí-

pios com validade moral. É o que explica mais uma vez Shapiro (2007):

Positivists, therefore, appear to be in an awkward position. If they wish to deny the existence of theoretical legal disagreements, they are forced to say that legal scholars are so confused about the practice they study that they routinely engage in incoherent argumentation. This result is unattractive but perhaps not fatal. For it cannot be demanded that legal theories fit every lawyerly preconception. Lawyers can certainly be wrong about the practice in which they participate. What the positivist must show, however, is that there are compelling theoretical reasons to either dismiss or reinterpret the self-understanding of these experts. Whether this can be shown is a question that positivists have yet to face.

Mas a tentativa de responder às críticas de Dworkin, especialmente ao desafio dos princípios com validade moral, muda o positivismo definitivamente, que se desdobra em positivismo inclusivo e exclusivo. O primeiro também é denominado de positivismo brando e tem seus marcos lançados pelo posfácio de Hart (2009) em resposta a Dworkin (2002), no qual, em apertada síntese, rejeita que a regra de reconhecimento estabeleça apenas critérios formais de *pedigree* para dizer o que é ou não Direito, podendo adotar critérios morais para tanto. Por sua vez, o positivismo exclusivo defende que o Direito é conceitualmente incompatível com a incorporação da moral pelo Direito, seja porque é incompatível com a lógica da autoridade – versão de Raz (1979) ao defender que o Direito, como razão de segunda ordem, requer autoridade no sentido de que as prescrições jurídicas são obrigatórias não porque sejam morais, mas porque são jurídicas, sob pena de o Direito ser desnecessário ao ponto de bastar a moral –; seja porque atenta contra a lógica dos planos – versão de Shapiro (2017), ao entender que o Direito pressupõe um planejamento que impede a constante revisão do que foi prescrito, o que é possibilitado caso se insira elementos morais.

É possível, com Kenneth Himma (2002), dar uma descrição geral das teses do positivismo e como cada versão atual lida com elas. Para o autor, a tese dos fatos sociais, como já dito neste trabalho, entende que o Direito é uma criação social ou um artefato que exige, por via de consequência, ser tratado como uma questão de fato e não de conteúdo moral. Assim, saber o que é Direito é identificar uma fonte autorizada. Pela tese da convencionalidade, o critério de validade jurídica é uma convenção em especial entre os *officials*. Essa tese possui uma versão forte e outra fraca. Pela versão forte da

tese da convencionalidade, a regra de reconhecimento é uma regra impositiva que constringe os *officials*, enquanto a versão fraca diz que o critério de definição do que seja o Direito não integra o próprio Direito, como uma de suas normas, sendo apenas um critério teórico da ciência do Direito. Por fim, a tese da separabilidade entre Direito e moral possui dois níveis: (a) meta-nível, no qual propõe que a definição do Direito independe de qualquer elemento moral, seria o que já se denominou, aqui, de nível epistemológico; (b) nível-objeto, em que a separação entre Direito e Moral serve para indicar que a validade de uma norma enquanto Direito independe de critérios morais. Não diz respeito, pois, ao conteúdo da norma, nem sua finalidade ou a uma aplicação moral da norma, mas apenas e tão somente sua validade. O modo como cada teórico enfrenta cada uma dessas teses qualifica uma corrente.

O positivismo inclusivo parte da premissa epistemológica de que é possível descrever o Direito sem juízo de valor (meta-nível), mas admite que, mesmo provindo de um ato humano, é possível exigir critérios morais acrescidos de um teste de *pedigree* (ou seja, da fonte de onde provém) para determinar a validade de uma norma jurídica. A relação entre Direito e Moral, portanto, não é necessária, mas apenas contingencial, dependendo do que dispõe a regra de reconhecimento de cada comunidade. Mantém, pois, a ideia de que todo Direito provém de uma fonte formal autorizada, apenas admite que essa fonte possa adicionalmente exigir um critério moral para a validade jurídica. Os positivistas inclusivos divergem entre si, no entanto, em aspectos de como se dá essa relação: se basta a previsão normativa ou demanda, ainda, uma prática moral; se esse critério da regra de reconhecimento é necessário ou suficiente; e, por fim, se o Direito se relaciona com uma moral racional ou social.

Já o positivismo exclusivo toma a tese do fato social no sentido forte, por entender que todo Direito provém de ato humano, determinado por um teste de *pedigree*, sem admitir a possibilidade de incorporação de critérios morais, seja porque o Direito requer autoridade (Raz), seja porque essa incorporação iria de encontro à lógica dos planos, que seria a inerente ao raciocínio jurídico (Shapiro). As claras menções a conceitos morais constantes em lei ou mesmo na Constituição seriam não incorporações de critérios morais, mas a remessa ao ordenamento moral, diante de uma limitação Direito.

Em conclusão, não é lícito afirmar que o positivismo foi superado, pois modificou-se a ponto de conseguir comportar vários desafios que lhes vêm se

opostos. É possível se apresentar teorias alternativas ao positivismo, mas não porque este tenha decaído a uma falência teórica com teses não mais sustentáveis, e sim por ser uma teoria melhor em algum aspecto que não o seja o positivismo, que ainda é uma corrente majoritária de entender o fenômeno jurídico.

Destacadas as principais características do positivismo jurídico, é chegado o momento de analisar as ideias do pós-positivismo jurídico e os fundamentos por ele utilizados para sustentar a superação da teoria positivista.

O pós-positivismo dominante no neoconstitucionalismo brasileiro

O objetivo desse tópico é apresentar os conceitos fundamentais do pós-positivismo na tentativa de identificar as razões utilizadas pelos seus seguidores para sustentar a superação do positivismo jurídico. No entanto, para que essa superação efetivamente ocorra, o pós-positivismo deve refutar as três teses fundamentais do positivismo: separabilidade, convencionalidade e dos fatos sociais.

Para bem destacar as características fundamentais do pós-positivismo, é relevante destacar os aspectos que caracterizam o neoconstitucionalismo, como o qual vem normalmente imbricado no Brasil, sendo aquele apontado como razão filosófica para este. Como adverte Daniel Sarmento (2009, p. 31), não é uma tarefa fácil defini-lo, mas é possível sintetizar as seguintes mudanças operadas tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais:

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

Daniel Sarmento (2009, p. 33) esclarece ainda que os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastantes heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert

Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago, mas nenhum destes se define hoje, ou já se definiu no passado, como neoconstitucionalista.

A mesma dificuldade também é encontrada para se destacar os pilares fundamentais do pós-positivismo. Não há uma definição clara e precisa do objeto de estudo seja do neoconstitucionalismo, seja do pós-positivismo. Contudo, Hugo de Brito Machado Segundo (2009, p. 70) destaca as seguintes características do pós-positivismo, de forma aproximada e não definitiva:

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

Ainda, na precisa lição de Bruno Torrano Amorim de Almeida (2012, p. 6463):

Nesse ponto, devemos deixar claro que, em meio ao caos do kosmos jurídico, o ‘pós-positivismo’ apresenta-se ao público como um movimento (i) que possui uma estrita vinculação ao chamado neoconstitucionalismo, ainda que este seja mais restrito; e (ii) que procura ‘superar’ os ensinamentos basilares do positivismo jurídico por meio da defesa de que o Direito possui uma vinculação conceitual necessária com a Moral – daí extraindo os mais diversos efeitos, como a *right thesis* dworkiniana, a pretensão de correção normativa alexyana, a ‘ductibilidade’ de Zagrebelsky etc.

Essa breve exposição dos movimentos neoconstitucionalistas e pós-positivos pode se mostrar útil para extrair as seguintes conclusões. O neoconstitucionalismo pode ser caracterizado pelo seguinte sumário: (a) propõe o fortalecimento da Constituição como autêntica norma jurídica que autoriza imediatamente condutas; (b) defende a normatividade dos princípios, que devem ser vistos como espécies de normas jurídicas, que consagram valores e são os meios de resgatar a relação entre Direito e Moral; (c) a necessidade de uma nova hermenêutica, em razão do caráter aberto, indeterminado e político das normas constitucionais; (d) a constitucionalização do Direito, passando a Constituição a ocupar o centro do ordenamento jurídico, outrora ocupado pelos códigos; (e) uma maior judicialização da política e das relações sociais centrada no fortalecimento e ampliação da atuação do Poder Judiciário, que passa a assumir lugar de destaque na interpretação, aplicação e preservação das garantias e direitos fundamentais.

Já o pós-positivismo pode ser descrito pelas seguintes afirmações: (a) o propósito central desse pensamento é o de destacar a superação do positivismo jurídico com a afirmação de que o sistema jurídico não é formado exclusivamente por regras jurídicas, com uma aplicação subsuntiva, tendo em vista os princípios, que devem ser utilizados para soluções dos casos difíceis mediante ponderação; (b) a necessária inclusão da Moral como critério de correção e validade do sistema jurídico; a validade da norma jurídica passa a depender de critérios formais (procedimento e fonte) e materiais (justiça, moral e outros valores), ou seja, prega a aproximação entre o Direito e a justiça, mas por meio dos direitos fundamentais, que seria encarados como uma ordem objetiva de valores; (c) por fim, defende uma interpretação que aproxime Direito e realidade, com o abandono do formalismo, sendo necessário para tanto compreender que texto e norma jurídica são realidades que não se confundem, que o intérprete não é neutro, que o raciocínio não é objetivo e que a ideia de completude do ordenamento jurídico não passa de uma ficção jurídica.

Análise das críticas formuladas pelo pós-positivismo ao positivismo jurídico

Ao se observar adequadamente as características tanto do neoconstitucionalismo quanto do pós-positivismo sumariadas no item anterior, já bem conhecidas em diversas obras, identifica-se uma oposição não ao positivismo de um modo geral, mas ao formalismo jurídico e ao legalismo de um modo especial. Isso é

percebido no que é dito pelo neoconstitucionalismo a respeito da nova hermenêutica jurídica, da força normativa da Constituição e da expansão da jurisdição constitucional. No entanto, esses três temas, mesmo revisitados, não refutam necessariamente um viés positivista. Com efeito, o positivismo brando absorve a crítica dos princípios, admitindo normas que passem por um crivo moral para serem válidas, desde que a regra de reconhecimento assim preveja, o que ocasiona uma inserção da Moral no Direito, e abandona o formalismo em prol de uma visão mais atenta à realidade. Repita-se: apenas trazer que os princípios possuem conteúdo moral e possuem uma determinada forma de aplicação ou demandem uma interpretação específica quando estatuídos pela Constituição não importa rejeição ao positivismo, mas apenas e tão somente ao formalismo e ao legalismo aos quais se aliaram algumas versões já antigas dessa corrente.

Portanto, o pós-positivismo enfrenta a tese da separabilidade entre Direito e Moral, mas no meta-nível epistemológico não refuta a concepção positivista de que o Direito pode ser descrito independentemente de qualquer juízo moral; e no nível-objeto admite a questão da validade jurídica por critérios morais, mas não como a Moral sendo critério suficiente de validade, mas apenas necessário, de modo a ainda depender de uma fonte formal que prescreva a exija tais critérios morais, que via de regra é a Constituição, em seu capítulo dos direitos fundamentais.

O pós-positivismo nada diz a respeito da tese da convencionalidade, embora fique pressuposta nele a tese forte acima descrita, bem como admite a tese das fontes, porque busca identificar em fortes formais do Direito, mais precisamente na Constituição e, em especial, no capítulo dos direitos fundamentais a dimensão e a medida em que se relaciona Direito e Moral.

Isso não é bastante para superar o positivismo, ao contrário, mantém-se dentro de seu espectro, que comporta muitas das concepções hermenêutica e de aplicação que se propõe como complemento a essa constatação da relação contingencial entre Direito e Moral. Conquanto se aponte Dworkin como referencial teórico, o Direito como integridade do americano pouco tem a ver com o pós-positivismo ou muito menos com o neoconstitucionalismo, porque duas de suas teses fundamentais sequer são cogitados por essas perspectivas. Com efeito, Dworkin propõe no nível-objeto que a Moral é critério suficiente para a validade jurídica, independentemente de previsão em capítulo específico da Constituição. Os princípios valem por seu peso moral, e não por veicularem direitos fundamentais previs-

tos na Constituição; valem porque é uma decorrência própria de uma comunidade de princípios que adota uma moral concorrente identificável nas várias decisões políticas que a conformam. Portanto, no Direito como integridade, o modo de aplicação dos princípios por ponderação não é algo determinante para a superação do positivismo, mas sim sua validade moral independentemente de um reconhecimento formal em uma regra de reconhecimento. Esse é o ponto fundamental da primeira crítica de Dworkin ao positivismo e que não é incorporado no pós-positivismo.

No meta-nível epistemológico, nem o pós-positivismo nem o neoconstitucionalismo abraçam a contraposição entre conceito e concepções de Direito, nem dizem que cada específica concepção de Direito é necessariamente condicionada por uma perspectiva moral. Segundo essa perspectiva, muitos desacordos jurídicos não são desacordos de fatos (acerca da fonte do direito e sua interpretação), mas em um nível mais profundo acerca da própria concepção do Direito em função da Moral, o que autoriza um enfrentamento mais apropriado desses desacordos, que, no positivismo, é tratado ainda como uma questão de fato que, pode autorizar decisionismos, próprios de uma discricionariedade admitida por essa corrente, ainda que brando. Explica-se.

Quando Dworkin fala dos princípios como normas jurídicas com validade em função de seu peso moral, justifica esses princípios dentro de uma comunidade que requerer integridade, ou seja, uma convergência principiológica maior, que não pode ser reduzida a uma regra de reconhecimento por mais complexa que seja. Também não pode ser reduzida à concepção do neoconstitucionalismo de que a relação se daria pelo capítulo dos direitos fundamentais. A integridade exige uma análise mais ampla das várias decisões políticas daquela comunidade, e não a pontuada apenas em um documento jurídico, que carece de uma determinada maneira de interpretação. Admitir a validade moral dos princípios sem a integridade, reduzindo sua compreensão a uma questão de interpretação de determinada disposição constitucional isolada ocasiona a discricionariedade hermenêutica, que remota ao quadro hermenêutico kelseniano ou a zona de penumbra de Hart, nas quais o juiz decide conforme elementos políticos ou mesmo individuais. No entanto, essa discricionariedade vai ainda além, caindo em um decisionismo, fruto da predação do Direito pela Moral, além de ampliar mesmo a margem de discricionariedade por alargar o conceito de casos difíceis, não como aqueles que envolvem conflitos de princípios ou de concepções de Direito, mas apenas o que levantasse dúvida hermenêutica em torno de dis-

positivos constitucionais, o que é muito mais frequente e mesmo pressuposto pelo positivismo². Trace-se um exemplo para demonstrar o que se está a dizer.

No *juízo* do HC 124.306/RJ, foi discutida perante o Supremo Tribunal Federal a possibilidade da concessão da medida constitucional a pacientes acusados pelos crimes dos artigos 124³ e 126⁴ do Código Penal, relacionados ao aborto. O ministro Roberto Barroso, que do ponto de vista doutrinário está entre os mais entusiastas defensores do neoconstitucionalismo, votou a favor da concessão do HC tendo como fundamentos basicamente dois motivos: (1) a ausência de requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal para a decretação da prisão preventiva; (2) a inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre da gravidez.

Ao que interessa para os fins do presente estudo, importa analisar o segundo argumento do ministro, que buscou “examinar a própria constitucionalidade do tipo penal imputado aos pacientes e corréus, já que a existência do crime é pressuposto para a decretação da prisão preventiva” (Brasil, 2016, p. 4). Em seu voto, questionou a própria constitucionalidade da norma penal – ou, para ser preciso, a não recepção dos referidos dispositivos do Código Penal (1940) pela atual Constituição de 1988) - em estudo por meio de uma argumentação puramente política baseada também em conceitos morais do próprio ministro, e não buscando uma integridade na moral política da comunidade jurídica brasileira, a fim de solucionar o problema que enxergava na questão. É de se duvidar, porém, mesmo se tratar de um caso difícil, dada a clara opção legislativa e a falta de princípios íntegros encontráveis em outras decisões políticas da comunidade, e não na mera convicção pessoal do ministro, que apontasse uma escolha legislativa contrária aos princípios. Quando muito, havia uma possibilidade hermenêutica alternativa, dentro de um quadro de possibilidades, mas que, no entanto, é muito comum na análise de fontes formais.

No decorrer do seu voto, o Ministro Barroso elenca a razoabilidade e a proporcionalidade como ferramenta para se atingir a melhor solução para o caso concreto:

Sopesando-se os custos e benefícios da criminalização, torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da tipificação penal da interrupção voluntária da gestação, por violar os direitos fundamentais das mulheres e gerar custos sociais (e.g., problema de saúde pública e

mortes) muito superiores aos benefícios da criminalização (Brasil, 2016, p. 18).

O Ministro, no entanto, trata o caso como uma questão de sopesamento entre os princípios “vida potencial do feto” e vários “direitos fundamentais da mulher” (tendo, inclusive, trazido os ensinamentos de Robert Alexy sobre a questão), sem, no entanto, identificar porque isso seria um caso difícil para o qual a solução legislativa já dada não seria adequada. Parte de um grau zero de compreensão, pressupondo que sua posição institucional é melhor que a do legislador. Diante dessa maneira solipsista de se enfrentar o caso, é de se questionar até que ponto a interferência da Moral no Direito ou mesmo das preferências pessoais dos julgadores é capaz de inquinare uma decisão legislativa, sob pena de se inserir em cada lei votada pelo parlamento legitimamente eleito uma condição resolutiva de chancela pelo Judiciário, que, não eleito, não se importa com princípios de moralidade política em um contexto de integridade, mas sua capacidade de impor suas concepções próprias e individuais a respeito do tema.

Contudo, o Direito não deve ser elidido pela Moral, sobretudo por uma moral individual de um único julgador. O positivismo não propõe isso, muito menos as correntes não positivistas, como o interpretativismo de Dworkin. Ao contrário, o Direito visa a dar contornos racionais e socialmente aceitos para o que se convencionou “bom para todos” (ou, pelo menos, para a maioria). Deverá haver, portanto, condições mínimas de o Direito conseguir sobreviver à Moral e às preferências políticas de cada julgador. Nesse aspecto, tem-se prática verdadeiramente arbitrária.

As críticas formuladas por Luís Roberto Barroso ao positivismo em suas obras doutrinárias são uma crítica ao positivismo legalista e formalista, mas não incorporam nem teses não positivistas nem buscam solucionar ou admitir os problemas da discricionariedade do aplicador/intérprete, própria do positivismo; ao contrário, a reforça sob um manto de aplicação principiológica.

A relação entre Direito e Moral do pós-positivismo não se dá no meta-nível epistemológico (ainda pressupõe um conceito de Direito identificável a par da Moral), e a maneira que a utiliza no nível-objeto da validade não respeita, porém, premissas teóricas mais rigorosas, ocasionando a predação do Direito pela Moral.

² Matos e Souza (2017) chegam a equiparar apontar um perigoso viés nazifacista nessa predação do Direito pela moral na jurisdição brasileira.

³ Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

⁴ Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Em alguns aspectos, a proposta teórica e os julgamentos judiciais de Barroso se aproximam mais de um positivismo exclusivo em que a aplicação do Direito se dá para além de suas fronteiras, se estendendo até critérios exteriores ao ordenamento jurídico para a solução de conflitos pelas autoridades. No entanto, ainda de uma perspectiva doutrinária, Barroso abraça a impossibilidade de neutralidade e objetividade na identificação do Direito. Escreve (2001, p. 10):

As reflexões acima incidem diretamente sobre dois conceitos que integram o imaginário do conhecimento científico: a neutralidade e a objetividade. Ao menos no domínio das ciências humanas e, especialmente no campo do Direito, a realização plena de qualquer um deles é impossível. A neutralidade, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais. Isto é: sem história, sem memória, sem desejos. Uma ficção.

No que se refere à neutralidade na identificação do Direito, faz-se necessária para preservar a sua própria autoridade, sem a qual não há que se falar em Direito. Como bem pontua Bruno Torrano Amorim de Almeida (2012, p. 6479), “essa neutralidade na identificação do Direito é imprescindível à teoria positivista e visa preservar a própria noção de normatividade. O que seria do Direito se, para existir, dependesse da concepção particular de uma pessoa?”.

Quanto à suposta objetividade na identificação do Direito, esclarece Luís Roberto Barroso (2001, p. 11) que:

A moderna dogmática jurídica já superou a ideia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido único, produzindo uma única solução adequada para cada caso. A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece.

Ao que parece, há redução do positivismo jurídico ao positivismo exegético. Este último prega a ideia de plenitude da lei (dos Códigos), da exegese textual/sentido único e apego à vontade do legislador. Como visto linhas atrás, isso foi refutado por Kelsen e Hart.

No mesmo sentido é a ideia de completude da legislação, que deve ser atribuída ao positivismo exegético, e não ao positivismo jurídico como um todo. Hart (2009, p. 351), mais uma vez, é claro ao afirmar que, “assim, nesses casos não regulamentados juridicamente, o juiz ao mesmo tempo cria direito novo e aplica o direito

estabelecido, o qual simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder”.

Por fim, Luís Roberto Barroso (2005, p. 214) ressalta que:

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos. Mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação - ou, talvez, sublimação - dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.

Ora, como é possível afirmar que o marco filosófico do novo Direito Constitucional, leia-se neoconstitucionalismo, é o pós-positivismo jurídico se as teses centrais do positivismo jurídico permanecem intactas, e não foram sequer revisitadas? Em verdade, o que ocorreu foi uma mudança do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social, mudança de paradigma político ou ideológico, mas não filosófico (Almeida, 2012, p. 6464). Ademais, há uma incorporação incompleta de teses não positivistas como o interpretativismo e o Direito como integridade de Dworkin e mesmo a teoria dos direitos fundamentais de Alexy. Com efeito, de Dworkin invoca-se o conteúdo moral dos princípios, mas não o interpretativismo como base epistemológica nem o Direito como integridade na base teórica. De Alexy, absorve a ponderação de direitos, mas sem submetê-la aos rígidos critérios de argumentação jurídica daquele ou mesmo a relevância de princípios formais que prestigiam a resposta do Legislativo em detrimento de uma nova ponderação judicial substitutiva àquela.

Enfim, o pós-positivismo é uma não-teoria, porque se opõe apenas a uma versão simplória ou mesmo posta como espantinho de um positivismo ainda vinculado ao formalismo e ao legalismo, que não é – e talvez nunca tenha sido – definido com maior rigor teórico pelos próprios positivistas.

Conclusão

Tentou-se aqui neste ensaio apresentar argumentos a favor da (sobre)vida da teoria positivista, não porque se a entenda como a melhor e mais adequada para o Direito na atualidade (particularmente se entendem mais precisas as colocações de Dworkin, enriquecidas com aportes da hermenêutica filosófica gadameriana e da crítica hermenêutica do Direito), mas

por uma questão de rigor científico com o que a teoria positivista é atualmente em suas várias versões. As bases pós-positivistas do neoconstitucionalismo são pouco precisas, na medida em que não são hábeis a superar o positivismo jurídico nos termos em que ela é formulada na atualidade. O positivismo, ao longo dos anos, tem se transmudado e se aperfeiçoado o suficiente para rebater as críticas feitas, não tendo melhor efeito as formuladas pelo neoconstitucionalismo.

Muitas das imprecisões observadas em julgamentos e lições doutrinárias deitam raízes profundas na equivocada ideia de superação de positivismo. Reputa-se demonstrado aqui, então, que todas as superações sugeridas pelo pós-positivismo são respondidas, de alguma forma, pelas teses do positivismo, e daí emergem suas duas falhas: (a) por deixar intocada as bases positivistas, não apresenta um aporte teórico alternativo autônomo e não realiza adequadamente a pretensão de emprestar um olhar substancial ao Direito que bem lide com profundos desacordos teóricos; (b) por não se admitir positivista, não incorpora a integralidade das teses do positivismo inclusivo, restando incoerente e incompleta, um meio termo entre teses não positivistas e inclusivistas.

Referências

- ALMEIDA, B.T. de. 2012. Contra o pós-positivismo: breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, 1(11):6455-6506.
- BARROSO, L.R. 2005. Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Opinião jurídica*, 3(6):211-252.
- BARROSO, L.R. 2001. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista de Direito Administrativo*, 225:5-37.
- BRASIL. 2016. Supremo Tribunal Federal. HC 124306/RJ. Ministro Relator: Min. Marco Aurélio, Relator para Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>.
- Acesso em: 05/06/2018.
- CANARIS, C.-W. 2002. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 311 p.
- DWORKIN, R. 2002. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo, Martins Fontes, 586 p.
- HART, H.L.A. 2009. *O conceito de direito*. São Paulo, WMF Martins Fontes, 399 p.
- HIMMA, K.E. 2002. Inclusive Legal Positivism. In: J.L. COLEMAN; S. SHAPIRO (eds.), *Oxford Handbook of Jurisprudence and legal Philosophy*. Oxford, Oxford University Press. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=928098>. Acesso em: 05/05/2018.
- KELSEN, H. 2009. *Teoria pura do direito*. 8ª ed., São Paulo, WMF, 427 p.
- MACHADO SEGUNDO, H. de B. 2009. *Fundamentos do ordenamento jurídico: liberdade, igualdade e democracise a como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível*. Fortaleza, CE. Tese de Doutorado. Universidade de Fortaleza, 268 p.
- MATOS, A.S.M.C.; SOUZA, J.K. de S. 2017. Sobrevivências do nazifascismo na teoria jurídica contemporânea e seus reflexos na interpretação judicial brasileira. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 9(3):295-310. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2017.93.08>
- OLIVEIRA, M. de A. 2006. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. 3ª ed., São Paulo, Loyola, 427 p.
- RAZ, J. 1979. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford, Oxford University Press, 340 p. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198253457.001.0001>
- SARMENTO, D. 2009. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: M. NOVELINO (org.), *Leituras complementares de direito constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador, Juspodivm, p. 31-68.
- SHAPIRO, S.J. 2017. The Planning Theory of Law. *Yale Law School Public Law Research Paper*, 600. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2937990. Acesso em: 17/03/2018.
- SHAPIRO, S.J. 2007. *The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed*. Mar. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=968657>. Acesso em: 19/05/2018.
- STRECK, L.L. 2010. O (Pós-)Positivismo e os Propalados Modelos de Juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois Decálogos Necessários. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, 7:15-45. <https://doi.org/10.18759/rdgf.v0i7.77>
- WALUCHOW, W.J. 2011. *Lessons from Hart*. Nov. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1962838>. Acesso em: 20/05/2018.

Submetido: 06/06/2018
Aceito: 16/01/2019