

Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico

Lenio Luiz Streck¹
Daniel Ortiz Matos²

Resumo

Partindo da premissa que a tradição por vezes solidifica significações que obscurecem uma compreensão mais originária/autêntica dos fenômenos, este trabalho se propõe a desconstruir alguns mitos acerca do Juspositivismo presentes no senso comum teórico dos juristas (Warat). A temática é desenvolvida sobre três perspectivas: uma histórica; uma acerca da interpretação do direito; e outra a respeito da relação entre direito e moral. Após, serão apresentados apontamentos sobre a Crítica Hermenêutica do Direito e sua proposta pós-positivista de análise jurídica.

Palavras-chave: Positivismo jurídico, senso comum teórico, Hans Kelsen

Abstract

On the assumption that tradition sometimes solidifies meanings that obscure a more understanding original /authentic of the phenomena, this paper proposes to deconstruct some myths about Legal Positivism in the common sense theory of jurists (Warat). The theme is developed on three perspectives: a historical; one about the interpretation of the law; and another on the relationship between law and morality. After, we will present notes on Critical Hermeneutics of Law and its motion for post-positivist legal analysis.

Keywords: Legal positivism, theoretical common sense, Hans Kelsen

¹ Professor titular da Unisinos-RS e Unesa-RJ; Doutor em Direito pela UFSC; Pós-Doutor pela FDUL-PT; Professor Visitante da Universidade Javeriana-Bogotá; professor Visitante da Universidade de Lisboa e Coimbra-PT. Coordenador do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos (unisinos-RS). Endereço: lenios@globo.com

² Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB. Mestrando em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, sob a orientação do Prof. Dr. Lenio Luiz Streck. Bolsista CAPES/PROSUP. Membro dos grupos de pesquisa Hermenêutica Jurídica (CNPq) e Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos (Unisinos-RS). Endereço: danielortizmatos@gmail.com

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Para que se possa discutir acerca do Positivismo Jurídico, sua superação ou continuidade, é preciso, inicialmente, situarmos os lugares de fala. Dito de outro modo, antes do desenvolvimento de leituras críticas, os fenômenos devem ser adequadamente compreendidos e explicitados. Caso contrário, as propostas rupturais restarão equivocadas diante da parcialidade ou superficialidade de suas análises.

Dessa forma, nos propomos a investigar algumas “crenças” que povoam o imaginário jurídico com pretensões dogmáticas a respeito do tema, mas que encobrem, por vezes, sérios problemas teóricos. Assim, objetivamos desvelar algumas incongruências presentes neste discurso através de um revolvimento do chão linguístico em que assenta o senso comum teórico dos juristas sobre o Juspositivismo. Isto, seguindo os pressupostos da fenomenologia hermenêutica de Martin Heidegger (1889-1976), em que há sempre algo que se esconde naquilo que se mostra, sendo necessária uma desconstrução da tradição que, por vezes, cristaliza significações que obscurecem uma compreensão mais originária/autêntica dos fenômenos.

O trabalho, portanto, encontra sua justificativa enquanto um desenvolver do pensamento crítico que procura a compreensão daquilo que se abriga por detrás, nas entrelinhas do conhecimento estabelecido. Ressalta-se ainda que, na tentativa de propor um Direito mais adequado às novas exigências histórico-emergenciais, é imprescindível uma leitura adequada das construções paradigmáticas pretéritas e/ou presentes.

A temática central é apresentada sob três perspectivas. A primeira é de cunho histórico, tentando situar o Positivismo Jurídico dentro da tradição positivista *lato sensu*. A segunda, relacionada à teoria da interpretação, visando demonstrar que o Juspositivismo não está limitado a uma perspectiva mecânica da atividade jurisprudencial plasmada na ideia de literalidade normativa. E a terceira, acerca da relação entre Direito e Moral, em que apresentaremos o reconhecimento positivista de uma carga axiológica em contraposição a uma separação absoluta como frequentemente é propalado.

Após, serão apresentados alguns apontamentos acerca do modo que a Crítica Hermenêutica do Direito³ desenvolve sua anamnese a respeito do Positivismo Jurídico e o porquê de se propor uma perspectiva ruptural.

2. “O Juspositivismo como sendo uma mera adaptação do Positivismo Comteano”...

Observamos, com certa frequência, a ideia de que o Positivismo Jurídico é uma simples conformação ao direito do Positivismo proposto por Auguste Comte (1758-1857). Como pretendemos demonstrar, não obstante partilharem de alguns traços comuns e da inegável influência deste, tal concepção apresenta-se limitada. O reducionismo prejudica diretamente a formulação de alternativas críticas, como será demonstrado. Ademais, há um anacronismo, pois é possível falar, em certo sentido, que o Juspositivismo tem raízes anteriores ao estabelecimento do Positivismo Comteano, também denominado de Positivismo Clássico, Sociológico ou Científico.

O filósofo francês compreendia que a história da humanidade era dividida em três períodos: o teológico, o metafísico e o positivo. Nos dois primeiros, existiria uma busca pelo absoluto e as respostas às indagações humanas existenciais repousariam em explicações mitológicas, supranaturais. Entretanto, já no segundo momento, existiria um direcionamento mais racional, isto é, sem depender necessariamente de fundamentos sobre-humanos. No terceiro e último, os questionamentos anteriores perderiam o sentido de existir, uma vez que o objetivo passa a ser o de descobrir as leis que regem os fenômenos passíveis de observação e experimentação.

Assim, acreditava que a realidade, seja natural ou social, deveria ser analisada e explicada a partir das Leis – entendidas como as relações

³ Em síntese, a Crítica Hermenêutica do Direito (CDH) apresenta-se com uma matriz teórica de análise do fenômeno jurídico. Fundamentalmente, move-se nas águas da fenomenologia hermenêutica, pela qual o horizonte do sentido é dado pela compreensão (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer), onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado e a interpretação faz surgir o sentido. Juntamente com estes pressupostos incorporam-se aportes da teoria jurídica de Ronald Dworkin. Isto é explicitado amiúde em obras como *Hermenêutica Jurídica e(m) crise, Verdade e Consenso e Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. A tarefa da Crítica Hermenêutica do Direito – CHD – é a de “desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos” (Heidegger-Stein). Fincada na ontologia fundamental, busca, através de uma análise fenomenológica, o desvelamento (Unverborgenheit) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (Dasein) e somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico).

abstratas e constantes entre fenômenos observáveis – que fossem descobertas.

Desse modo, o “porquê” das coisas e acontecimentos, no que se refere ao seu sentido, é substituído pelo “como”, pela forma que se dão e existem. Assim, vemos uma predileção por modelos mecanicistas e funcionalistas de explicação. Conseqüentemente, o filósofo entendia que as ciências exatas e naturais já tinham atingido o grau de positividade e, por isso, deveriam servir de parâmetro para as demais ciências. Assim, denominou Física Social, o que posteriormente tornar-se-ia a Sociologia.

Desse modo, em linhas gerais, podemos aproximar o Positivismo Sociológico do Juspositivismo sob os seguintes aspectos, dentre outros: 1) a consideração do direito enquanto um fenômeno social objetivo; 2) a recusa na inclusão de juízos valorativos ou metafísicos na análise do direito⁴; e 3) a tentativa de construir uma ciência jurídica empiricamente fundamentada⁵.

Não obstante essa aproximação, é importante destacar que o cientificismo presente no Positivismo Jurídico do séc. XIX tem raízes anteriores à construção de Comte. A partir do final do séc. XVIII, as ciências naturais apresentaram um significativo desenvolvimento, a ponto de se tornarem o paradigma científico dominante. Neste, o saber válido deveria estar fundamentado na realidade “posta”, “positiva”, naquilo que existe de “fato” e pode ser mensurado. Como decorrência, a especulação doutrinária e/ou filosófica ou os argumentos de autoridade passaram, paulatinamente, a serem substituídos pelo saber outorgado pelo crivo da experimentação.

Em tal ambiente, desenvolveu-se o Juspositivismo como um contraponto aos sistemas puramente idealistas, sejam de índole moral,

⁴ Gianluigi Palombella, ao discutir sobre a Jurisprudência Analítica desenvolvida na Inglaterra, sobretudo por Bentham e Austin, escreve que: “A cientificidade da atividade de estudo do direito provém de se considerar o direito como um “fato”, e não como um valor por realizar. O carácter factual do direito possibilita submetê-lo ao “método científico”, método que esteja em condições de utilizar como critérios os princípios e a objetividade da ciência, como qualquer outra ciência do “real” (obviamente o paradigma científico é o das ciências naturais). A teoria do direito deve ser, portanto, separada da moral, exatamente por que o campo do dever-ser da moral concerne a valorações, enquanto o cientista do direito verifica, também como o auxílio da lógica, o direito como um fato, como um dado positivo, existente.”(2005,p.121).

⁵ Nessa linha, António Manuel Hespanha declara: “Esta influência “cientista” e “sociologizante” do positivismo é muito nítida no domínio do direito criminal. Prescindindo – ou considerando apenas marginalmente – de ideias da teoria penal que considera “metafísicas” (como “responsabilidade”, “culpa”, “expição”, “retribuição”), o positivismo procura, por um lado, identificar factores criminógenos objectivos (as “causas do crime”) e, por outro, adequar-lhes terapêuticas (não necessariamente penais) correctivas. Tal como o médico que identifica factores patogénicos e os combate com meios terapêuticos ou cirúrgicos.”(2005, p.419).

filosófica ou religiosa – estes entendidos como jusnaturalistas – e contra as incertezas por eles geradas no fazer jurídico.

O Positivismo Jurídico surge neste período e, apesar de possuir traços comuns, apresentará versões diferentes em virtude do recorte epistemológico daquilo que se poderia compreender como “positivo” e das realidades sociopolíticas de cada país onde encontrou guarida. Assim, observamos o desenvolvimento de movimentos com suas peculiaridades, seja na França, com a Escola da Exegese, seja na Alemanha, com a Jurisprudência dos Conceitos, seja ainda na Inglaterra, com a Jurisprudência Analítica.

Destarte, apesar das convergências apresentadas, é necessário destacar que, em parte, o Positivismo Clássico (Comtiano) serviu também de base para uma crítica ao Juspositivismo Conceitualista desenvolvido no séc. XIX. Nesse sentido, António Manuel Hespanha pontua que:

O positivismo sociológico que, dominou o pensamento jurídico europeu a partir dos anos 70 do séc. XIX, fez da crítica ao formalismo da pandectística o seu principal cavalo de batalha e orientou o saber jurídico para um discurso do tipo sociológico, em que o direito era dissolvido nos “factos sociais” e o próprio discurso jurídico corria o risco de se dissolver no discurso sociológico (2005, p. 435-436).

Noutro passo, o Juspositivismo que passa a ser desenvolvido no séc. XX, especialmente nos termos propostos por Hans Kelsen (1881 - 1973) na Teoria Pura do Direito⁶ já mostra uma ruptura com algumas das ideias básicas de Comte⁷.

Kelsen, notoriamente, foi influenciado pelo Neopositivismo Lógico do Círculo de Viena⁸. Neste, vários estudiosos, filósofos e cientistas reuniam-se para discutir os problemas dos fundamentos do conhecimento científico; em primazia, aqueles referentes à linguagem. Partiam da ideia de que o fazer científico demandava uma linguagem rigorosa, livre de ambiguidades e

⁶ O próprio jurista considera esta obra como a teoria do Positivismo Jurídico. (KELSEN, 1997, p.31).

⁷ Isto pode ser evidenciado no fato do jurista não propor uma ciência do direito nos moldes das ciências naturais. Em suas palavras: “O direito é um fenómeno social, mas a sociedade tem objeto completamente diverso da natureza, na medida em que é uma conexão de elementos inteiramente diferentes. A ciência do direito não deve tornar-se ciência da natureza, pois o direito deve distinguir-se da Natureza.” (KELSEN, 2009, p.69).

⁸ Nesse contexto, o Tratado Lógico-Filosófico de Ludwig Wittgenstein (1889-1951) tornou-se uma das obras principais para os membros do Círculo dos quais citamos: Moritz Schlick, Rudolf Carnap, Otto Neurath, Herbert Feigl, Philipp Frank, Friedrich Waissman, Hans Hahn.

expressões metafísicas consideradas vazias de sentido e presentes na linguagem ordinária.

Nesse sentido, em Kelsen – naquilo que ele concebeu como Ciência do Direito - tem-se uma construção jurídico-científica “pura”, “neutra”, descritiva, lógica, centrada na norma jurídica, que não é sinônimo de lei. Destarte, Norberto Bobbio, partilhando desta ideia, leciona que:

Deixando de lado as implicações filosóficas, o positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para produzir, mas para reproduzir o direito, isto é, para explicitar com meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas. (2006, p. 212)

Desse modo, juntamente com o empirismo e a rejeição à metafísica, presentes no Positivismo Clássico, o Juspositivismo do séc. XX continua, sob certo aspecto, a desenvolver uma tradição analítica⁹ já existente em versões anteriores que precederam as ideias de Comte.

Procuramos, portanto, demonstrar com esta abordagem que o Positivismo Jurídico não pode ser definido de forma reducionista, e que apesar de inserir-se na tradição Positivista, em sentido lato, perceptível nas aproximações com o Positivismo Clássico e com o Positivismo Lógico, assume características próprias devido às idiossincrasias do fenômeno jurídico e dos contextos históricos de sua aplicação.

3. “Para o Juspositivismo a interpretação do Direito deve ser literal, circunscrita à Lei. A decisão judicial resulta de um mero exercício formal e analítico de aplicação da lei ao caso concreto. O maior responsável por esta concepção foi Hans Kelsen”

Não é incomum ouvirmos afirmações como essas. Muitos sustentam que, para o Positivismo Jurídico, a atividade jurisdicional é uma aplicação “mecânica”, “fria”, uma vez que *dura lex sed lex*. Argumentam que a metodologia a ser utilizada limita-se a análises meramente linguístico-formais de adequação dos fatos ao direito (pré)estabelecido, por intermédio da

⁹ Sobre isso, Mario Losano assevera que: “(...) as exigências antimetafísicas do positivismo clássico convivem com a predileção pelos instrumentos formais de análise, em contraposição ao empirismo do primeiro positivismo. Essa união explica a aparente contradição de um positivismo (se bem que jurídico) caracterizado por um vigoroso formalismo.” (2010, p.33).

subsunção e de raciocínios silogísticos. Frequentemente, tais declarações são relacionadas com Kelsen, como se o jurista tivesse contribuído para esse modo de pensar.

Os equívocos ora expostos revelam que, por vezes, o Juspositivismo é compreendido como uma corrente de pensamento uniforme, isto é, que não sofreu alterações significativas com o passar do tempo. Ademais, como determinados juristas são estigmatizados, de tal forma, que lhe são atribuídas concepções que os próprios combatiam.

Como apresentamos, o Positivismo Jurídico desenvolvido no séc. XIX (Escola da Exegese, Jurisprudência dos Conceitos e Jurisprudência Analítica) sofreu expressivas mudanças, inclusive na teoria da interpretação, em relação àquela desenvolvido no séc. XX, sobretudo a partir das obras de Kelsen.

O Juspositivismo oitocentista, em suas diversas manifestações¹⁰, tem como “traço comum a recusa de quaisquer formas de subjectivismo ou de moralismo” (HESPANHA, 2009,p.375). Assim, o direito passa a ser pensado enquanto um fenómeno objetivo, previsível, que possibilita a certeza e a segurança jurídica. A interpretação é pensada sob a égide do método científico – das ciências naturais – enquanto uma descrição neutra, sem juízos de valor. Com isto, acreditava-se suprimir o carácter subjectivo e relativo dessa atividade. Por isso, a jurisdição seria um fazer mecânico, que apenas reproduziria o “positivo” do Direito, por intermédio de raciocínios meramente analíticos.

A principal característica do “primeiro momento” do positivismo jurídico, no que tange ao problema da interpretação do direito, será a realização de uma análise que, nos termos propostos por Rudolf Carnap, poderíamos chamar de sintático. Neste caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõe a “obra sagrada” (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. Assim, conseqüentemente, como o de analogia e o de princípios gerais do direito, que

¹⁰ É relevante destacar que mesmo quando falamos no Juspositivismo do séc. XIX, mais precisamente da Escola da Exegese, da Jurisprudência dos Conceitos e da Jurisprudência Analítica, não estamos a sustentar que todas revelam o mesmo movimento sem peculiaridades. Ao contrário, mesmo compartilhando da mesma preocupação com a necessidade da delimitação do “positivo” no Direito, se diferenciam neste recorte. Como exemplo podemos citar que enquanto para o Exegetismo o direito é/está na Lei, para o Positivismo Conceitual, este compreendido enquanto um sistema formado por conceitos jurídicos fundamentais, genéricos, abstratos e concatenados. Para maior aprofundamento, ver (HESPANHA 2009, p. 374).

devem ser encarados nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso que representaria as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas.

Todavia, tal perspectiva a respeito da interpretação do Direito foi sensivelmente modificada a partir dos aportes kelsenianos ao Positivismo Jurídico, diante do reconhecimento da inexorabilidade do elemento subjetivo no *jus dicere*. Este ocorre em virtude do reconhecimento das insuficiências da linguagem e por compreender a decisão jurídica como um ato de vontade, uma escolha de política jurídica.

Kelsen faz uma cisão entre Direito e Ciência do Direito, mas não uma cisão entre Direito e Moral. É indispensável que se compreenda bem isso. A pureza metodológica buscada destinava-se ao projeto científico e não ao Direito enquanto práxis social. O jurista faz questão de frisar isso, conforme conseguimos depreender do trecho abaixo:

Pero La teoría pura del derecho es una *teoría pura* del derecho, no la teoría de un *derecho puro* como sus críticos han afirmado erróneamente a veces. Un derecho “puro” podría solo significar – si es que puede significar algo – un derecho recto es decir un derecho justo. Pero la teoría del derecho no quiere no puede ser una teoría del derecho recto o justo pues no pretende dar respuesta a la pregunta: ¿ qué es lo justo? En tanto ciencia del derecho positivo es – como ya se há dicho- una teoría del dercho real, del derecho tal como es creado realmente por la costumbre, la legislación o la decision judicial y tal como es efectivamente en la realidad social, sin entrar a considerar si este derecho positivo puede ser calificado desde un punto de vista de algun valor, es decir, desde de un ponto de vista político, como bueno o malo, como justo o injusto; todo derecho positivo puede ser considerado como justo desde un punto de vista político y como injusto desde outro punto de vista también político; pero ésto no puede suceder desde el punto de vista de la ciencia del derecho que como toda ciencia verdadera no valora su objeto sino que lo describe, no lo justifica o condena emocionalmente, sino que lo explica racionalmente (KELSEN, 1997, p.31).

Desse modo, a interpretação também será diferente em decorrência da realidade jurídica a que se destina. A interpretação científica seria um ato de conhecimento, *pura determinação cognoscitivada sentida das normas jurídicas* (KELSEN, 2009, p.370). No âmbito da *Rechtswissenschaft*, ao intérprete caberia apenas apresentar com neutralidade e imparcialidade as significações normativas possíveis. Esse é, pois, o nível da Ciência do Direito.

Entretanto, ao lado daquela, também existiria a interpretação enquanto um ato de vontade. Esta não descreve, não reproduz, ao revés, cria direito que, somente *a posteriori*, seria sistematizado cientificamente. Portanto, na decisão judicial, o juiz não faria um simples exercício analítico de subsunções e silogismos. Ao contrário, sua escolha seria influenciada por fatores externos ao direito e outros de caráter subjetivo. Assim, entende ser um exercício de política jurídica, que pode ou não constar em uma das hipóteses constantes na moldura normativa¹¹. Portanto, aquilo que muitos “críticos” hoje “descobrem”, para Kelsen não representava qualquer novidade.

Na mesma linha, em Norberto Bobbio podemos perceber a distinção entre a interpretação da ciência do direito daquela realizada pelos juízes, respectivamente:

(...) o positivismo jurídico sustenta a teoria da interpretação mecanicista, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito (empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica) (BOBBIO, 2006, p.133)

(...) a interpretação do direito feita pelo juiz não consiste jamais na simples aplicação da lei com base num procedimento puramente lógico. Mesmo que disto não se dê conta, para chegar a decisão ele deve sempre introduzir avaliações pessoais, fazer escolhas que estão vinculadas ao esquema legislativo que ele deve aplicar. (BOBBIO, 2006, p.237)

Observamos então que o Juspositivismo que se desenvolve na senda da tradição kelseniana reconhece a existência da discricionariedade judicial, em maior ou menor medida, como um dos caracteres identitários do sistema jurídico.

Dessa forma, a afirmação que o Positivismo Jurídico sustenta uma aplicação literal da lei, como se juiz operasse apenas um exercício mecânico de aplicação do direito não representa a concepção do Juspositivismo novecentista. De modo mais preciso, esta deve ser identificada com a Escola da Exegese Francesa.

Noutro aspecto, como demonstramos, Hans Kelsen reconhecia o caráter subjetivo na lida prática do direito, de forma que seria impossível prever

¹¹ O jurista na primeira edição (1934) de sua Teoria Pura do Direito defendia que a decisão judicial deveria ser encontrada dentro da moldura normativa. Porém, na segunda edição (1960), reconhece ser possível uma interpretação autêntica fora dos limites deste quadro normativo. Esse *decisium* criaria direito novo, caso não reformado em instâncias superiores.

com exatidão qual seria a decisão jurídica a ser tomada. O jurista indica que esta certeza somente seria defensável dentro de uma proposta jusnaturalista que ele procura contrapor. Destarte, a interpretação autêntica – feita pelos órgãos responsáveis pela aplicação do direito – não seria passível de controle diante do elemento volitivo¹² e da plurivocidade das palavras da lei que são expressas em linguagem comum.

Do exposto, entendemos que, por mais paradoxal que pareça ser, o Juspositivismo alberga tanto uma concepção mecanicista da jurisdição (séc. XIX) quanto uma aceção voluntarista ou que ao menos reconheça a inevitabilidade do elemento subjetivo na decisão jurídica (séc. XX). Em virtude disso, é questionável, devido à parcialidade, a crença de que o juiz positivista é tão somente o chamado “boca da lei”. Do mesmo modo falham teorias críticas que acreditam que, quanto maior liberdade tem o intérprete, mais afastados estaríamos do Positivismo Jurídico.

4. “O Positivismo Jurídico se caracteriza pela tese da separação absoluta entre Direito e Moral. O Juspositivismo sustenta um direito sem valores”

O Positivismo Jurídico é comumente identificado enquanto um paradigma estritamente formal que exclui do direito qualquer apreciação valorativa, substancial. Isso pode ser verificado numa das críticas mais recorrentes formuladas contra o Juspositivismo, que se refere a uma obediência cega à Lei, já que *GesetzistGesetz*¹³ acredita que este esvaziamento conteudístico e esta submissão irrestrita seriam responsáveis pela fundamentação jurídica de regimes totalitários.

Por certo, a separação entre direito e moral sempre foi uma das principais teses defendidas por juristas que se denominavam positivistas. Todavia, essa defesa não significa, necessariamente, que no fazer prático do

¹² Nesse sentido Oliver Jouanjan, citando Michel Troper, em artigo anexo à obra *O novo Paradigma do Direito: Introdução à Teoria e Metodica Estruturantes* de Friedrich Müller, declara que: Em resumo, a partir do momento em que esta autoridade escolhe o texto, ao olhar dos fatos que ele qualifica livremente, e insere ela própria neste texto a norma que ela haverá criado livremente, quase não há mais espaço para a ideia de uma aplicação de normas, se este termo deve ter um sentido. A interpretação torna-se uma operação puramente volitiva desde o instante em que se mostra impossível fixar o momento cognitivo. A motivação da decisão de “aplicação” pode ter como único objetivo mascarar o processo real de decisão: um remendo *a posteriori*. O “normativismo” Kelseniano abre em realidade a porta para um puro “decisionismo” (MÜLLER, 2007, p.250).

¹³ Tradução: Lei é Lei. Famoso aforisma alemão utilizado para representar o apego juspositivista à Lei.

direito não eram reconhecidas razões externas, inclusive morais. Ademais, em geral, como veremos em Kelsen, o Juspositivismo esteve muito mais relacionado à democracia liberal do que ao totalitarismo.

Como falamos anteriormente, o Juspositivismo do séc. XIX partiu da consideração do direito enquanto um fenômeno social objetivo, afastando assim quaisquer considerações tidas como ideais ou valorativas. Isso porque se acreditava que uma pretensão que não fosse apenas descritiva não teria a objetividade requerida pelo discurso científico dominante. Desse modo, observavam o direito como ele se manifestava, a partir dele mesmo (autorreferência) em contraposição ao olhar tido como jusnaturalista, que visualizava o jurídico por intermédio de outros sistemas (heterorreferência), dentre eles, o da Moral.

Nesta mesma linha trilhou Hans Kelsen, sobretudo em seu empreendimento científico aplicado ao direito. Em suas palavras, declara que “cabe aqui, antes de tudo, dissociar o direito de outras ciências, já que erroneamente associado à moral” (2010, p.77). Segue o jurista com uma importante afirmação, “naturalmente, não se nega, com isso, a exigência que o direito deva ser moral, isto é, deva ser bom” (2010, p.77).

Kelsen declara que o direito, enquanto uma categoria moral, significaria Justiça. Entretanto, compreende este enquanto um ideal irracional, que mesmo imprescindível para a vontade e o comportamento humano, não o seria para o conhecimento. O jurista pretende apresentar um saber jurídico purificado de toda tendência ideológica e de finalidades políticas. Assim, a ciência jurídica apresentaria o “direito como ele é, sem legitimá-lo como justo ou desqualificá-lo como injusto¹⁴” (KELSEN, 2009, p.81).

Aqui chegamos numa importante característica do Juspositivismo, o relativismo moral. O próprio Kelsen reconhece que o positivismo jurídico está intimamente ligado com o relativismo¹⁵. Como decorrência, diante do dissenso presente na sociedade a respeito dos valores morais, que são relativos e contingentes, o jurista conclui que a democracia seria o sistema político mais adequado diante da heterogeneidade de pensamento.

¹⁴ Na mesma linha, Bobbio afirma: “O direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor”. (2006, p.131).

¹⁵ Nas palavras do próprio jurista: “La teoría pura del derecho es positivismo jurídico, el simplemente la teoría del *positivismo jurídico*, y el positivismo jurídico esta intimamente ligado com El *relativismo*”. (KELSEN, 1997, p.31).

Recusando do mundo dos valores toda a racionalidade, toda objetividade, ele os exclui certamente do direito, mas ao mesmo tempo constitui a democracia parlamentar como o único regime no qual a relatividade dos valores é reconhecida. Dessa forma, o social-democrata Kelsen podia defender ao mesmo tempo o sistema burocrático, em nome de sua eficácia formal, e o parlamentarismo, em função de sua concepção de mundo antagonistas que só podem ser reconciliadas pela discussão democrática. Enquanto que o princípio da legalidade deve reger os atos da administração, o princípio da deliberação democrática governa a criação de norma gerais. Não há aqui nenhuma antinomia ou contradição entre o formal e substancial. Positivista consequente, Kelsen deduz de seu normativismo jurídico e de seu relativismo moral uma justificação do sistema democrático. (CAILÉ; LAZZERI; SENELLART; 2006, p.643)

Por essa via, mesmo a Teoria Pura do Direito servindo para descrever qualquer sistema jurídico, inclusive de regimes totalitários, a proposta teórica Kelseniana pressupõe a democracia diante da pluralidade de cosmovisões a serem representadas politicamente. Além do mais, a legislação seria resultante desse processo plural, de modo que sempre traria alguma carga axiológica. Do mesmo modo, quando o intérprete autêntico decide, como já falamos, acaba por fazê-lo também sobre influências externas, dentre elas da moralidade.

Todavia, quando o cientista investiga o direito, deve expurgá-lo de tudo que não é objetivo, analisando apenas aquilo que lhe garante positividade, que se enquadra na racionalidade científica almejada. Assim, um cientista não poderia descrever a validade de uma determinada norma jurídica por ser boa ou má, por causa da relatividade desse juízo. Tampouco reconhecer o direito a partir da moralidade, o que seria um contrassenso, analisar uma prática social objetiva por intermédio de um olhar subjetivo e, por isso, consequentemente, relativo. A esse respeito, Gabriel Nogueira Dias escreve que:

Com duas premissas de que os valores absolutos não podem ser reconhecidos cientificamente e que os sistemas morais só podem ser concebidos como sistemas de valores relativos, Kelsen preparou o terreno teórico para poder rejeitar eficazmente o postulado jusnaturalista da unidade entre direito e moral. O direito é apenas o direito objetivo, ou, dito de modo mais preciso, direito positivo. Ele tem que ser considerado válido independentemente de todo o recurso a outro sistema de valores normativo, o que por ser turno significa que não existe *mala in se*, apenas *mala prohibita*, i.e., mesmo que o legislador tenha posto uma determinada lei por convicção moral (por exemplo, por convicções cristãs ou islâmicas o legislador vota uma lei que proíbe ou permite a prática da poligamia), essa norma vale

dentro do ordenamento jurídico, mas não por causa dos valores morais que a motivaram. Eles são irrelevantes para a constatação da validade pelo jurista (2010, p.141).

Entretanto, enfatizamos que, na cotidianidade do Direito, o jurista reconhece o atravessamento de razões outras além daquelas estritamente jurídicas. Expressamente declara que na aplicação da lei, na produção jurídica, podem desembocar “normas de moral, de justiça, de juízos sociais de valor (...)”. (KELSEN, 2009, p.154)

Por esse caminho, desenvolveu-se o Juspositivismo no séc. XX. Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) outro importante nome dentro desse paradigma, apontava a tese da separação conceitual entre direito e moral que, em certo sentido, acaba sendo uma decorrência da tese das fontes sociais e uma de suas características fundamentais. Hart reconhece que valores morais podem ser incorporados ao sistema jurídico, porém, isso apenas representa uma relação contingencial. Nestes casos, quando o juiz aplica preceitos com uma forte dimensão axiológica, assim o faz não como uma imposição moral, mas como uma determinação jurídica devidamente aceita pela regra de reconhecimento e/ou em exercício de sua discricionariedade. Em conferência realizada em 29 de outubro de 1979 na Universidad Autónoma de Madrid, o jurista inglês declarou que:

También es importante hacer hincapié en que esta tesis positivista es también perfectamente compatible con un sistema jurídico que incorpore de diversos modos pautas morales, tanto generales como específicas, dotando las así de un status jurídico. Así, en algunos sistemas jurídicos, la conformidad con ciertos principios morales –por ejemplo, un catálogo de derechos y libertades individuales– es reconocida por los tribunales como parte de un criterio básico de validez jurídica. En tales casos, incluso los actos normativos de los supremos Legisladores pueden ser considerados inválidos si carecen de conformidad con tales principios, mientras que en otros sistemas jurídicos que no se los incorporan, tales principios tendrían sólo una fuerza moral y no una fuerza jurídicamente invalidante.

(...)

Existen por supuesto otras formas de incorporación: una ley (statute) particular podría simplemente exigir a los tribunales decidir ciertos tipos de controversias «de conformidad con el principio de justicia» o «como exige la moralidad». La incorporación de principios morales tendrá a menudo la consecuencia de que para llegar a una decisión sobre los derechos legales de las partes, un tribunal tendrá que tener en cuenta argumentos morales y hacer juicios morales, pero en todos esos casos la relevancia jurídica de los principios morales será algo contingente, que depende de sí, de hecho, han sido incorporados a un sistema jurídico particular de cualquiera de las formas

mencionadas. Tales principios o argumentos morales no son jurídicamente relevantes proprio vigore, es decir, solamente porque sean moralmente correctos o aceptables¹⁶.

Mais contemporaneamente, tem-se desenvolvido uma corrente dentro do Juspositivismo denominada Positivismo Jurídico Inclusivo ou Incorporacionista. Para ela, a moralidade pode ser condição de possibilidade da juridicidade, isto é, as normas jurídicas poderiam depender de “méritos substantivos”, ou seja, morais.

Parte-se de uma versão débil ou fraca da tese das fontes sociais que pode ser assim resumida: 1) se o direito provém exclusivamente dos fatos sociais; 2) é possível que nos critérios de identificação sejam convencionalmente aceitos raciocínios de cunho moral. Partilhando desta concepção encontram-se juristas como Jules Coleman, David Lyons e Wilfried Waluchow.

Logo, retomando a questão a inicial, o Juspositivismo desenvolvido a partir do séc. XX reconhece a existência de uma relação entre direito e moral, ainda que epistemologicamente o direito seja pensado de forma autônoma – salvo algumas propostas incorporacionistas, que ainda entendem ser isto uma contingência – não se nega uma interpolação na *práxis* jurídica. De modo que, hodiernamente, o Positivismo Jurídico não pode mais ser caracterizado, pelo menos em termos absolutos, por uma separação intransponível entre o direito e a moralidade.

5. Alguns apontamentos sobre a Crítica Hermenêutica do Direito e o Positivismo Jurídico

Norberto Bobbio¹⁷ apresenta o Juspositivismo como metodologia, como teoria e como uma ideologia. O jurista italiano tinha como preocupação uma algaravia conceitual existente à época – acrescentamos que até os dias

¹⁶ O texto da conferência em inglês ainda não publicado. Esta tradução foi expressamente autorizada por Hart e realizada por Liborio Hierro, Francisco Laporta y Juan Ramón Páramo. HART, Herbert L.A. **El nuevo desafío del positivismo jurídico**. Disponível em: <<http://jmcharles.blogia.com/2011/030201-el-nuevo-desafio-del-positivismo-juridico.-herbert-l.a.-hart.php>>. Acesso em: 19/06/14.

¹⁷ Las consideraciones desarrolladas hasta aquí sobre las diversas formas bajo las que se presenta la doctrina del positivismo jurídico, tenían por único fin invitar a reflexionar sobre el hecho de que en la crítica del positivismo jurídico no es posible, como se dice, colocar todas las posiciones no “mismo saco” (BOBBIO, 1995, p.63).

atuais – acerca do termo “Positivismo Jurídico”. Diante disso, propôs esta distinção tripartite que se tornou clássica na doutrina.

Como metodologia, o Positivismo significaria um modo “neutro”, “objetivo” e descritivo de compreender o fenômeno jurídico. Nesta descrição, deveriam ser afastados quaisquer juízos valorativos, estando a metodologia fundada somente em fatos empiricamente observáveis.

Como teoria, o Positivismo seria como um guarda-chuva que alberga diversas correntes teóricas, concepções e teses sobre o direito positivo e a estrutura do ordenamento jurídico. Exemplificando, cita a concepção legislativa, coativa e imperativa do direito, bem como a ideia de coerência e completude do sistema. No que tange às fontes, o direito seria formado de forma exclusiva e predominante por preceitos legislativos, sendo que esta aceção estaria muito próxima de um estatualismo jurídico.

Como ideologia, o Positivismo expressaria uma atitude valorativa diante do direito posto. Essa seria a exigência moral de que as regras juridicamente estabelecidas devessem ser obedecidas. Levada às últimas consequências, tal aceção afirmaria um cumprimento irrestrito do direito positivado independente de seu conteúdo.

Apesar de Bobbio tentar demonstrar certa independência dos significados, o que em parte está correto, sua proposta de distinção apresenta algumas limitações. Inicialmente destacamos uma considerável redução da complexidade do Juspositivismo, sobretudo, no caráter ideológico. Será que a ideologia positivista poderia ser resumida a um dever moral meramente formalístico de sujeição à Lei? Além disso, quase nenhum jurista, mesmo assumidamente positivista, endossa(ria) essa ideia. A ideologia apresentada, apesar de estar baseada numa crítica jusnaturalista, nos parece que somente seria adequada ao Positivismo do séc. XIX e, principalmente, à Escola da Exegese na França.

Por essa via, afirmamos que Kelsen¹⁸ e Hart não são positivistas no sentido ideológico. Todavia, isso não nos permite concluir que não há uma ideologia subjacente em seus escritos, o que se tem é apenas um não

¹⁸Nesse sentido Santiago Nino defende que: Kelsen no niega que los juicespuden dejar de aplicar em sus decisiones normas jurídicas por razones morales. Esto permite sostener que, a pesar de las aparências, tampoco Kelsen es “un positivista ideológico”. Kelsen no afirma que existe uma obligación moral de obedecer o aplicar toda a norma jurídica.” (NINO, 1995, p.35).

enquadramento no conceito apresentado por Bobbio. Ambos os juristas reconheciam a indeterminação do direito diante da plurivocidade dos signos linguísticos, e isso, em maior medida numa legislação feita por intermédio da linguagem ordinária. Dessa forma, não poderiam concordar com o ideário fundado na concepção monista em que Lei e Direito formam a mesma realidade, pois na *applicatio* haveria uma inexorável abertura para a contingência, para possibilidades interpretativas imprevisíveis. Portanto, há uma discordância teórica que impede a aceitação desta ideologia jurídica.

Noutro passo, o Positivismo Jurídico desenvolvido a partir do séc.XX reconhece a inafastabilidade do elemento subjetivo, no dizer o direito. Como consequência, o âmbito científico limitou-se às descrições analíticas. A ideologia positivista passa então a considerar a discricionariedade como característica fundante e inexorável do direito, e isso tem implicações teóricas e metodológicas.

O que pretendemos demonstrar é a existência de uma imbricação dos três aspectos, dentre outros. Ou seja, o paradigma positivista sempre será manifesto por uma teoria que pressupõe uma metodologia e uma ideologia, ainda que implícita. E o conteúdo destes e de outros fatores que o compõem estão sujeitos a alterações com o passar do tempo. Leituras analíticas do Positivismo Jurídico que procuram apresentar “cientificamente” sua estrutura ficaram sempre num nível superficial de abordagem, não desvelando aquilo que se esconde naquilo se mostra, ou seja, toda a facticidade que é condição de possibilidade de sua enunciação.

A Crítica Hermenêutica do Direito, ao propor um contraponto ao Juspositivismo, acaba por fazê-lo enquanto um paradigma que, embora possa ser recortado, apresenta uma cosmovisão que é compartilhada em todas as suas facetas. Ademais, ele se encontra ancorado em pressupostos filosóficos, que se não desconstruídos, tornam muito difíceis propostas rupturais, restando apenas (re)adaptações. Talvez por isso, tenhamos contemporaneamente tantas variações¹⁹, tais como: Positivismo Exclusivo; Positivismo Inclusivo;

¹⁹Não sendo o objetivo deste trabalho uma discussão acerca das versões hodiernas do Positivismo Jurídico, apenas citamos algumas das principais correntes assim identificadas. Não obstante, segue uma breve descrição de alguns aspectos característicos de cada uma delas:

1) Para o Positivismo Exclusivo o Direito seria identificado somente pelas fontes sociais. Assim, inexistiria qualquer vinculação necessária entre Direito e Moral para determinação do conteúdo daquele. As normas jurídicas são entendidas como razões excludentes, isto é, para seu cumprimento afastam

Positivismo Epistemológico Não Analítico; Positivismo Epistemológico Analítico; Positivismo Presuntivo, para dizer apenas essas.

A influência filosófica no Positivismo Jurídico pode ser observada com o reconhecimento do ponto em comum em todos os modelos ou formas de positivismo - a discricionariedade judicial. Longe de ser um acaso, está inserido num contexto de mudanças significativas na Filosofia da Linguagem, como falamos do Neopositivismo Lógico do Círculo de Viena. Juntamente com isso, é necessário pensar sobre o paradigma da subjetividade desenvolvido na Modernidade que, ainda preso na relação gnosiológica *sujeito-objeto*, alterou significativamente o modo do homem se relacionar com o mundo. Outrora assujeitado numa realidade de verdades dogmáticamente predeterminadas – o

razões provenientes de outros sistemas normativos como a Moral. Dentre os principais representantes destacam-se Joseph Raz e Scott Shapiro. RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation: on the theory of law and practical reason*. New York: Oxford, 2009. _____. *Razón práctica y normas*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. _____. RAZ, Joseph. *La Autoridad del Derecho*. Traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. D. F. México: UNAM, 1982. SHAPIRO, SCOTT. *Legality*. London/Cambridge (Mass): The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

- 2) O Positivismo Inclusivo ou Incorporacionista concorda que o direito não é necessariamente identificável por standards morais, porém, isto pode ocorrer de forma contingencial quando o próprio direito os incorpora. Essa consideração é extraída da análise de diversos sistemas jurídicos que trazem em sua legislação referências expressas à moralidade. Defendem, desse modo, a tese convencionalista débil, mesmo considerando a importância da regra de reconhecimento, por ser esta convencional, não imporia nem a exclusão nem a inclusão da Moral, possibilitando uma relação contingente entre direito e moralidade. Entre seus defensores inserem-se juristas como David Lyons, Jules Coleman e Wilfried Waluchow. LYONS, David. *Principles, Positivism, and Legal Theory*. *The Yale Law Journal*, vol. 87, nº 2, 1977, pp. 415-435. COLEMAN, Jules. *The Practice of Principle: In defense of a pragmatist approach to the Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2010. WALUCHOW, Wilfried. *Inclusive legal positivism*. New York: Oxford University Press, 2003.
- 3) O Positivismo epistemológico analítico no entender de Pierluigi Chiassoni seria uma tradição que segue o princípio da separação nas investigações jurídicas, não nega que existam influências morais, ideológicas, políticas, filosóficas, bem como interesses materiais e espirituais no direito, entretanto, compreende que seja possível e útil as distinções entre o conhecimento empírico do direito que é das avaliações com relação a aquele que deveria ser. Dessa forma, distingue a descrição (teoria) da prescrição (doutrina, ideologia), os juízos de fato dos juízos de valor, conhecimento genuíno de argumentos retóricos. Com relação ao Positivismo epistemológico não analítico, o jurista italiano define por intermédio do princípio da interpretação integral em que a ciência jurídica (princípios, institutos e conceitos) seria uma prática interpretativa, argumentativa e sistematizadora dos resultados das investigações hermenêuticas. Também adverte que se trata de uma prática autorreferencial, pois utiliza de critérios que também são produzidos pela interpretação tais como o espírito do povo, da lei ou do direito. Cf. (CHIASSONI, 2013, p.65-161)
- 4) O Positivismo Presuntivo é sustentado por juristas como Frederick Schauer. Entendem que este seria o modelo mais adequado para a solução dos chamados *hard cases*. Schauer reconhece informa que, nos sistemas jurídicos, parece haver uma presunção de que as regras devam ser aplicadas. Todavia, esta não é absoluta por ser possível existirem razões particularmente fortes para anular as regras. Em tal situação, abre-se a possibilidade para razões justificantes que não estejam necessariamente filtradas pela regra de reconhecimento, afastando-se da perspectiva de Raz das normas como razões excludentes e não compartilhando também da tese forte da exclusividade do Direito. SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en El derecho y en la vida cotidiana*. Tradução de Claudina Orunesu e Jorge L. Rodríguez. Madrid: Marcial Pons, 2004. Para maiores aprofundamentos acerca das diversas versões do Positivismo Jurídico na atualidade, recomendam-se as seguintes leituras: ETCHEVERRY, Juan Bautista. *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. RAMOS PASCUA, J. A.; RODILLA GONZÁLEZ, M. A. (Orgs.). *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a Uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político*. São Paulo: Método, 2006.

que permite uma equiparação entre o direito e a lei que representava a vontade geral e “dava” conta de todas as situações fáticas- passa a assujeitar os sentidos.

A questão que se coloca é: Por que o Positivismo Jurídico permaneceria incólume às críticas ao seu *background* filosófico? Dito de outro modo: diante do giro ontológico linguístico e de um paradigma da intersubjetividade (*sujeito-sujeito*) não estaríamos perante um esgotamento do Juspositivismo²⁰, uma vez que contrapõem seus fundamentos? Dessa forma, não deveríamos buscar outras possibilidades paradigmáticas? Acreditamos que esta crítica somente é possível por intermédio de uma leitura de Filosofia no Direito²¹.

Quando trazemos a discussão para esta profundidade, entendemos que é possível uma construção paradigmática não positivista e também não jusnaturalista. A Crítica Hermenêutica não pode ser juspositivista, tampouco jusnaturalista, pois o arcabouço filosófico que lhe serve de sustentáculo é incompatível com ambas. É importante dizer isso, porque, para parcela considerável da doutrina, o direito somente poderia ser lido através desses dois horizontes.

Em virtude disso, no que tange à interpretação do direito, não recaímos no realismo nem no objetivismo, em sentido filosófico, ao criticar a discricionariedade e trabalhar com conceitos como o de limites semânticos ou de indícios formais no Direito. Do mesmo modo, não incidimos no relativismo

²⁰ Importante registrar que essa falência paradigmática é também verificada por outros juristas, inclusive de matrizes teóricas diversas da Crítica Hermenêutica do Direito. Nesse sentido, Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero afirmam que: El positivismo jurídico há agotado ya, nos parece, su ciclo historico. En contra de lo que han sostenido algunos autores como Ferrajoli, Comanducci o Prieto, el llamado paradigma neoconstitucionalista no puede verse como la culminación del positivismo jurídico, sino más bien como el final de esa forma de entender el Derecho. Cf. ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Dejemos atrás el positivismo jurídico. In: RAMOS PASCUA, J. A.; RODILLA GONZÁLEZ, M. A. (Orgs.). *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: EdicionesUniversidad de Salamanca, 2006.

²¹ O termo “Filosofia no Direito” foi proposto ineditamente por Lenio Streck e Ernildo Stein em conferência por ambos ministrada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná no ano de 2003. Explicitando o tema, Stein declara que: “Para enfrentar essa questão é preciso encarar, de frente a contribuição dos standarts de racionalidade que a Filosofia desenvolve, quando ela é mais que uma simples retórica ornamental ou orientação na perplexidade” (2004, p.136). (...) “Dessa maneira, qualquer campo teórico do direito pode esperar respostas importantes de um standart de racionalidade filosófico. Isso, no entanto, pressupõe que o campo teórico do Direito se vincule a determinado paradigma que lhe dá sustento no método e na argumentação (2004, p.137). Para um breve introito a esta abordagem, recomenda-se a leitura da coluna *A Filosofia no Direito e as condições de possibilidade do discurso jurídico* escrita por André Karam Trindade no Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-14/filosofia-direito-condicoes-possibilidade-discurso-juridico>>. Acesso em: 18/06/14.

quando afirmamos que na *interpretatio* se tem sempre uma atribuição de sentido (*Sinngebung*), ao invés de uma mera reprodução (*Auslegung*).

A Crítica Hermenêutica do Direito, ao procurar transpor o Positivismo Jurídico, acaba por fazê-lo a partir de uma perspectiva filosófica – movimento fenomenológico hermenêutico – dentro do qual devem ser compreendidos seus apontamentos críticos. Assim, propõe-se pensar o direito enquanto uma prática interpretativa (DWORKIN), que não prescinde de abordagens analíticas, mas que as sabe sempre atravessadas pela facticidade (HEIDEGGER), que possibilita uma permanente atualização de sentidos inseridos numa determinada tradição (GADAMER).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, percebemos que muitas ideias acerca do Juspositivismo encontram-se inseridas naquilo que Warat denominava “senso comum teórico dos juristas”. Dessa forma, trabalham sob um conjunto de preconceitos que velam o sentido do referido paradigma. Neste artigo tentamos desconstruir algumas dessas concepções.

Entendemos que o Juspositivismo, apesar dos pontos de contato com o Positivismo Clássico de Comte, tem raízes anteriores e influências outras como o Neopositivismo Lógico do Círculo de Viena no século XX. Além do mais, assumiu feições próprias com o decorrer do tempo e nos vários lugares de sua manifestação. Dessa forma, entendemos como inadequadas as construções que procuram uniformizar ou reduzir em recortes da história a sua complexidade.

Apontamos também a inadequação da ideia de que a interpretação do Direito seria apenas uma atividade meramente formal, analítica, de aplicação cega da lei. Mesmo sendo essa a concepção presente na versão desenvolvida no séc. XIX, a partir de Kelsen é notório o reconhecimento do elemento subjetivo na interpretação. Tanto que, até hoje, uma das principais características do Positivismo Jurídico sustentada por seus defensores é a Discrecionabilidade Judicial.

Em relação à tese da separação absoluta entre Direito e Moral e da crença de um Direito sem valores, verificamos que, a partir do Positivismo Jurídico novecentista até a contemporaneidade, existe o reconhecimento de

influxos da moralidade no direito, sobretudo em seu fazer prático. Nesse sentido, correntes hodiernas, como o Positivismo Jurídico Inclusivo, procuram ir além considerando a possibilidade da Moral servir como fundamento da juridicidade.

Por fim, apresentamos breves apontamentos acerca do modo como a Crítica Hermenêutica do Direito desenvolve uma análise do Juspositivismo e como se apresenta enquanto uma perspectiva dissonante. Esperamos que esta leitura possa contribuir para leituras outras que procurem desconstruir os mitos a respeito do Positivismo Jurídico que, insistentemente, permanecem vivos em nosso imaginário.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Dejemos atrás el positivismo jurídico. In: RAMOS PASCUA, J. A.; RODILLA GONZÁLEZ, M. A. (Orgs.). **El positivismo jurídico a examen**. Estúdios em homenagem a José Delgado Pinto. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006.

BOBBIO, Norberto. **El problema del positivismo jurídico**. México: Distribuciones Fontamara, 1995

_____. **O Positivismo jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

CHIASSONI, Perluigi. Neoconstitucionalismo, positivismo jurídico e modernidade. In: ADEODATO, João Mauricio (Org). **Humanrights and problem of legal injustice**. São Paulo: Noeses, 2013.

DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito**: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

HART, Herbert L.A. **El nuevo desafío del positivismo jurídico**. (1979) Disponível em: < <http://jmcharles.blogia.com/2011/030201-el-nuevo-desafio-del-positivismo-juridico.-herbert-l.a.-hart.php>>. Acesso: 19/06/2014.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **¿ Qué es la Teoría Pura del derecho?** 5. ed. Colonia del Carmen-MEX: Distribuciones Fontamara, 1997.

LOSANO, MARIO G. **Sistema e Estrutura no direito, volume II: o Século XX**. Trad. Luca Lamberti. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: Introdução à teoria e metódica estruturants do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NINO, Santiago. **Introducción al análisis Del derecho**. 2. ed. ampl. rev. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins fontes,

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STEIN, Ernildo. **Exercícios de Fenomenologia**: Limites de um paradigma. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. v.2. Porto Alegre: SAFE, 1995.