

**POSITIVISMO JURÍDICO 1:
CONCEITO E CARACTERÍSTICAS CENTRAIS**
*LEGAL POSITIVISM 1:
CONCEPT AND KEY FEATURES*

*Orlando Luiz Zanon Junior**

Resumo: O referente do presente texto consiste em apresentar um conceito operacional de Positivismo Jurídico, mediante o destaque de suas características centrais, que conformam tal paradigma da Ciência do Direito, quanto às suas quatro plataformas elementares, consistentes nas teses da Norma, das Fontes, do Ordenamento e da Decisão Judicial. A hipótese central diz respeito à necessidade de esclarecer os aspectos prescritivos e descritivos da matriz teórica do Juspositivismo, num esforço para dissipar a confusão verificável nos âmbitos acadêmico e forense brasileiros, nos quais tem se tornado muito comum a dificuldade acerca do correto enquadramento de teses no interior do paradigma.

Palavras-chave: Positivismo Jurídico. Moral. Subsunsão.

Abstract: The main theme of this text is to present a operational concept of Legal Positivism, with emphasis in it's basic characteristics, that conform this paradigm of Legal Science, notably it's four basic platforms, that are the thesis of Norm, Sources, Legal System and Judicial Decision. The central hypothesis is the necessity to clarify the descriptive and normative aspects of Juspositivism, in order to dissipate the confusion spread in the brasilian academic and professional scenarios, about the correct synthesys of the central characteristics of this paradigm.

Keywords: Legal Positivism. Morality. Subsumption.

* Juiz de Direito. Doutorando em Direito pela UNIVALI. Mestre em Direito Pela UNESA. Pós-graduado em Preparação à Magistratura Federal pela UNIVALI. Pós-graduado em Direito e Gestão Judiciária pela UFSC.

1 INTRODUÇÃO

Pode-se afirmar que o Positivismo Jurídico, como paradigma central da Ciência Jurídica, vem sofrendo severas críticas, ao ponto de desvelar a instalação de uma crise de tal modelo disciplinar. Tal assunto foi abordado em uma tríade de artigos anteriormente publicados, consistente nos textos *A Revolução na Teoria do Direito*, *A Centralidade Material da Constituição* e *A Complexidade da Norma Jurídica*, nos quais se analisou os modelos juspositivistas de Hans Kelsen e de Herbert Lionel Adolphus Hart e se apresentou as principais críticas aos seus postulados mais elementares, de modo a ilustrar a crise paradigmática, tanto no cenário do Direito legislado (*civil law* ou *code based legal system*) como também no padrão consuetudinário (*common law* ou *judge made law*). Prosseguindo em tal linha de pesquisa, resta necessário desenvolver uma apreciação unificada do paradigma do Juspositivismo, com destaque de suas características principais e, depois, sintetizando as principais críticas quanto aos seus aspectos descritivos (ou empíricos) e prescritivos (ou normativos). Com tal desiderato, projetou-se a redação de dois artigos reciprocamente complementares sobre o Positivismo Jurídico, sendo este primeiro dedicado à apresentação de um conceito operacional, de acordo com suas características centrais, enquanto o segundo é voltado ao desenvolvimento das críticas que recomendam a instauração do processo de superação paradigmática, incentivado pelo advento de diversas proposições teóricas pós-positivistas.

Outrossim, o referente do presente texto consiste em apresentar um conceito operacional de Positivismo Jurídico, mediante o destaque de suas características centrais, que conformam tal paradigma da Ciência do Direito, quanto às suas quatro plataformas elementares, consistentes nas teses da Norma, das Fontes, do Ordenamento e da Decisão Judicial.

A hipótese central diz respeito à necessidade de esclarecer os aspectos prescritivos e descritivos da matriz teórica do Juspositivismo, num esforço para dissipar confusão verificável nos âmbitos acadêmico e forense brasileiros, nos quais tem se tornado muito comum a dificuldade acerca do correto enquadramento de teses no interior do paradigma. Em poucas palavras, poucos operadores jurídico modernos admitem serem alcunhados de juspositivistas, haja vista que o modelo disciplinar assumiu uma aura de ultrapassado e de vazio de conteúdo

legítimo – contudo, menos ainda (salvo, logicamente, os estudiosos do tema) tem clara noção do que efetivamente consiste aceitar os postulados de tal padrão científico.

Assim, na primeira seção, serão traçadas algumas considerações preliminares acerca da análise do Positivismo Jurídico, justamente para dissolver certas imagens equivocadas acerca de tal padrão teórico.

Na segunda parte, mais substancial, efetua-se a apresentação das principais características do Juspositivismo, com vistas ao esclarecimento das peculiaridades que identificam esta base disciplinar, nos aspectos mais importantes para o cientista jurídico.

Em sede de conclusão, será cunhado um conceito operacional que bem represente, de forma clara e objetiva, o Paradigma do Positivismo Jurídico.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que, na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o cartesiano, e, o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica¹. Ademais, é muito importante destacar que as menções ao modelo juspositivista partem da análise previamente elaborada acerca das proposições teóricas de Kelsen e de Hart, exposta na tríade de textos que antecedeu este texto.

2 CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS

Numa fase analítica preliminar, antecedente ao impulso da apresentação das peculiaridades principais do Juspositivismo, importa traçar algumas ressalvas inaugurais, para melhor compreensão do tema.

Primeiro, importa lembrar que o Positivismo Jurídico, desenvolvido por autores como Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen, Herbert Lionel Adolphus Hart e Norberto Bobbio, não guarda uma relação de pertinência com a corrente filosófica do Positivismo, fundada por Isidore Auguste Marie François Xavier Comte. Ou seja, não se está tratando da versão jurídica de uma corrente mais ampla ou que lhe serve de supedâneo. O Juspositivismo não é espécie do gênero Positivismo, mas sim uma corrente de pensamento autônoma, que se

contrapõe ao anterior modelo do Jusnaturalismo, no sentido de estabelecer a predominância da legislação em face das demais Fontes Jurídicas, em detrimento do chamado Direito natural².

Segundo, também é importante ter em mente que os movimentos que plasmaram o Paradigma juspositivista não guardam entre si uma perfeita similitude, mas apenas compartilham alguns caracteres nucleares, que conformam o modelo disciplinar.

Notadamente, mesmo os cientistas que expressamente se comprometeram com uma determinada matriz teórica podem discordar com relação a alguns de seus aspectos. Exemplificativamente, Bentham e Savigny são comumente mencionados como expoentes do Positivismo Jurídico, todavia, o primeiro era defensor da legislação (*civil law* ou *code based legal system*) em detrimento da produção judiciária do Direito (*common law* ou *judge made law*), enquanto o segundo tinha posição diversa, pois entendia que a modalidade consuetudinária, por ser extraída do seio social, melhor refletia o espírito do povo (*Volkegeist*)³.

Ademais, as obras de alguns autores se dedicam a certos pontos doutrinários e ignoram outros, de modo a inviabilizar um quadro comparativo completo de seu posicionamento com relação a todas as características compreendidas pelo Paradigma. Por exemplo, Kelsen confere especial destaque à dinâmica do Ordenamento Jurídico, enquanto Hart deixa de aprofundar tal ponto, preferindo discorrer alongadamente acerca do conceito de Direito e das peculiaridades das Normas Jurídicas individualmente consideradas, consoante se pode perceber da síntese antes alinhavada.

Outrossim, a montagem de um quadro das principais características de um modelo disciplinar implica sejam extraídos os detalhes que, em geral, são compartilhados ou não expressamente rejeitados pelos seus principais expoentes, consoante o esforço teórico apresentado na sequência.

Feitas estas considerações preliminares, resta viável ingressar na análise das características principais do modelo teórico em tela.

3 CARACTERÍSTICAS DO POSITIVISMO JURÍDICO

O Positivismo Jurídico apresenta cinco características centrais, que o diferenciam do paradigma do Jusnaturalismo e das recentes proposições da corrente do Pós-positivismo,

consistentes, primeiro, na separação entre Direito e Moral; segundo, na formação do Ordenamento Jurídico exclusivamente (ou preponderantemente) por Regras positivadas; terceiro, na construção de um sistema jurídico escalonado só pelo critério de validade formal; quarto, na aplicação do Direito posto mediante subsunção; e, quinto, na discricionariedade judicial (*judicial discretion* ou *interstitial legislation*) para resolução dos chamados casos difíceis (*hard cases*).

Quanto ao primeiro ponto (separação entre Direito e Moral), os juspositivistas, em geral, defendem a tese de que as questões morais são autônomas e independentes das jurídicas. Isto porque o Direito compreende a apreciação de fatos sociais devidamente especificados (*social fact thesis* ou *social sources of the law*), produzidos segundo parâmetros formais previamente estabelecidos, sobre os quais podem ser formulados julgamentos de válido e inválido, enquanto a Moral, de outro lado, resolve-se em torno apreciações materiais e valorativas (axiológicas), atinentes a juízos de bom ou mal, certo ou errado e de justo ou injusto.

No seu entender, o Direito é composto exclusivamente (ou prevalecentemente) por Normas efetivamente postas ou admitidas pela autoridade competente (como, por exemplo, a legislação ou os precedentes reiterados pela jurisdição), cujo descumprimento implica uma consequência institucionalizada, expressamente prevista. Como a produção jurídica é efetuada mediante observância de critérios meramente formais, o Direito pode ter qualquer conteúdo, a depender dos valores e interesses que guiaram a vontade do órgão estatal que o elaborou. Assim, por se tratar de um fenômeno fático (e não axiológico), o Direito pode ser objeto da Ciência Jurídica, na medida em que um jurista pode estudá-lo de maneira similar àquela que um físico ou químico observa a natureza e, conseqüentemente, formular enunciados teóricos sobre o objeto de sua análise⁴.

A Moral, de outro lado, pode até influenciar a vontade da autoridade pública (legislador, juiz ou qualquer outro agente público), porém, consubstancia uma ordem de conduta separada e com características distintas, sem força suficiente para suplantar uma Norma Jurídica. Difere do Direito por não dispor sobre qual a conduta efetivamente fixada, mas apenas atribuir um caráter de bom ou mal (justo ou injusto) às ações humanas. As sanções morais, diferentemente das jurídicas, refletem-se apenas na própria consciência ou, quando externadas, não possuem um caráter institucionalizado, ainda que possam se mostrar eficazes em

determinadas situações. Ademais, o conteúdo da Moral é amplamente variável e de difícil aferição, mesmo dentro do território de um mesmo Estado, haja vista que reflete os parâmetros altamente subjetivos fluídos nos diversos grupos sociais. Em decorrência de tais características, os juspositivistas entendem que a Moral deve ser ignorada pelos Juristas⁵, pois não contempla um juízo seguro do que efetivamente é a orientação correta para o comportamento humano e, assim, sua incorporação acarretaria severa insegurança jurídica.

Embora central ao Paradigma do Positivismo Jurídico, a tese da separação entre Direito e Moral admite gradações, cabendo destacar duas modalidades comumente mencionadas pela literatura especializada, consistentes em, de um lado, o Juspositivismo exclusivo (*exclusive legal positivism*, *hard positivism* ou *nonincorporationism*), que advoga a tese da exclusão absoluta das questões morais do objeto da Ciência Jurídica⁶, e, de outro, a versão inclusiva (*inclusive legal positivism*, *soft positivism* ou *incorporationism*), lastrada na chamada tese da indiferença, segundo a qual a moralidade não está necessariamente afastada ou inserida no âmbito do Direito, consubstanciando uma questão meramente contingente, a depender do que o Texto Legal expressa⁷.

Dentre os autores analisados anteriormente (na tríade de artigos mencionada na introdução), pode-se concluir que a versão juspositivista de Kelsen pode ser classificada como exclusiva, pois confere maior destaque à cisão entre Direito e Moral, haja vista seu entendimento de que o purismo jurídico é essencial ao caráter objetivo da Ciência do Direito. Ademais, sua teoria apresenta um certo “pessimismo moral”, ao preferir que o Direito tenha qualquer conteúdo, desde que respeitadas as formas de delegação de competência para sua criação, diante da sua rejeição à possibilidade de que eventuais influxos morais possam contaminar o conteúdo jurídico e, assim, gerar indeterminabilidade quanto à orientação expressa pela prescrição normativa⁸.

De outro lado, a proposição de Hart pode ser entendida como aproximada da inclusiva, pois ele expressamente admitiu que a produção normativa recebe influxos morais, que conformam o conteúdo das Regras Jurídicas, mormente para adaptá-las às peculiaridades dos grupos sociais que devem recebê-las e cumpri-las. Embora muitos autores possam negar tal classificação, ela é perceptível também no seu posicionamento quanto ao aspecto interno dos comandos jurídicos, no sentido de que estes somente são efetivamente respeitados quando

espelham valores compartilhados socialmente. Tanto é assim que sua variante do Positivismo Jurídico foi por ele mesmo designada de branda (*soft legal positivism*), exatamente porque admite influxos da Moral no Direito, ainda que se tratem de ordens sociais distintas e apartadas.

Contudo, ambas versões (exclusiva e inclusiva) advogam que a validade de uma Norma nunca pode ser julgada de acordo com aspectos externos, a exemplo da Moral⁹, razão pela qual diferem da generalidade das proposições pós-positivistas, para as quais há uma conexão necessária entre juridicidade e moralidade¹⁰. Notadamente, como esclarece Robert Alexy, as versões pós-positivistas da teoria do Direito podem ser enquadradas em três modalidades distintas: a um, aquelas em que a Moral sempre prevalece perante o Direito, de modo que um dispositivo imoral é inválido; a dois, as que os preceitos morais suplantam as disposições positivas em determinadas hipóteses específicas (ou restritas), a exemplo da conhecida fórmula cunhada por Gustav Radbruch, segundo a qual somente a injustiça extrema não é considerada jurídica; e, por último, a três, as propostas em que a moralidade jamais pode contrariar os limites positivamente fixados, embora sempre admitam alguma forma de correlação entre ambas ordens normativas, dentro da margem de manobra do intérprete, de modo a se aproximarem do Juspositivismo inclusivo¹¹.

No concernente ao segundo aspecto (Direito formado exclusivamente ou prevalentemente por Regras Jurídicas), o Positivismo Jurídico pressupõe que o Direito é formado exclusivamente (ou ao menos preponderantemente) por Regras Jurídicas, como sinônimo de Normas Jurídicas positivadas, devidamente fixadas pelos parlamentares (no sistema codificado) ou estabelecidas em precedentes judiciais anteriores (no modelo judiciário ou consuetudinário)¹². No primeiro cenário (*civil law* ou *code based legal system*), a Regra Jurídica é o resultado da interpretação de um texto elaborado pelo legislador, no sentido de reconstruir sua intenção ao prolatar o dispositivo normativo, como se fosse um procedimento de adivinhação de qual teria sido a solução dada pelo órgão legiferante, acaso diante do caso concreto. E, no segundo (*common law* ou *judge made law*), a Regra Jurídica pode ser extraída não só da legislação, mas também do texto de um precedente anterior, num esforço de verificar qual seria a solução que teria sido dada pelo Poder Legislativo para reger o novo caso, nos pontos relevantes em que é precisamente similar ao julgamento anterior. Em ambas hipóteses, a interpretação e a aplicação

do Direito são consideradas, pela generalidade dos juspositivistas (com a notável ressalva de Kelsen), como meramente reprodutoras de sentidos já previamente fixados por Regras Jurídicas anteriores, que já guardam a resposta para solução do novo problema emergido no tecido social.

Os demais padrões de conduta que podem eventualmente influenciar a formação de uma Decisão Jurídica, a exemplo dos Princípios, das políticas e dos costumes, dentre outros, somente são aceitos de acordo com a força e a abrangência que a legislação ou o precedente lhes atribui expressamente. E, neste particular, a ordem positivada geralmente lhes confere um caráter meramente supletivo ou integrativo, consoante destacado por Bobbio¹³.

Nessa linha de raciocínio, o Estado é o único produtor do Direito efetivamente válido, haja vista que os preceitos normativos que estabelece são preponderantes perante quaisquer outros, porquanto detentor do monopólio das atividades legiferante e judiciária. As demais disposições normativas ou decisões emanadas de outros entes, ainda que aceitos socialmente, são consideradas externas ao Direito e, portanto, passíveis de serem ignoradas e, acaso necessário, dominadas pelo poder público soberano¹⁴.

No atinente à terceira característica (Ordenamento Jurídico escalonado pelo critério de validade formal), destaca-se que a doutrina juspositivista concebe a ordem jurídica como um complexo sistemático de Regras Jurídicas, devidamente escalonado em degraus hierárquicos, de acordo com parâmetros formais de legitimidade para produção do Direito, que pode ser visualizado como uma pirâmide¹⁵.

Padrões de julgamento distintos das Regras Jurídicas positivadas (como Princípios Jurídicos, Moral, políticas etc) não integram o Ordenamento Jurídico e, assim, somente são admitidos quando há uma disposição legal expressamente admitindo sua incidência, a exemplo dos preceitos que admitem a integração de lacunas mediante o emprego dos chamados princípios gerais do Direito¹⁶.

Como características, o sistema jurídico juspositivista é considerado unitário, porque consubstancia um corpo único de disposições prevaletentes sobre todos os demais eventualmente existentes sobre uma mesmo território ou com força sobre determinado grupo social; completo, porquanto apresenta critérios para resolução de todos eventuais casos futuros

(inexistência de lacunas), e coerente, pois devidamente articulado para evitar contradições (ausência de antinomias)¹⁷.

Dentre os autores estudados, percebe-se que Kelsen é o que se dedicou mais profundamente ao tema do Ordenamento Jurídico, ao invés de focar apenas o estudo das Normas Jurídicas individualmente consideradas. É dele a proposição de que o complexo jurídico é formado por um conjunto de imperativos escalonados hierarquicamente, segundo parâmetros de validade formal, cujo posto máximo é ocupado pela Norma fundamental. Posteriormente, Norberto Bobbio, que expressamente se declarou um adepto da teoria kelseniana¹⁸, apresentou desenvolvimentos, no sentido de representar a estruturação da hierarquia formal das Normas Jurídicas sob a forma de uma pirâmide¹⁹ e, ainda, de tratar dos chamados dogmas da unidade, da completude e da coerência, em estudo específico sobre o tema²⁰. Outrossim, as peculiaridades desta característica específica da doutrina juspositivista podem ser extraídas das sínteses acima alinhavadas acerca das proposições de ambos referidos autores, sendo desnecessário reproduzir tal conteúdo.

Abaixo, encontra-se colacionada uma representação gráfica do Ordenamento



Jurídico dinâmico, sob a ótica kelseniana (figura-1²¹):

Cabe anotar que a clareza conceitual e a simplicidade estrutural da proposta teórica em exame, facilmente perceptíveis do conteúdo antes alinhavado, foram determinantes para ampla aceitação da teoria do Direito positivista. Como exemplos de sua extensa projeção, cabe mencionar que, na América Latina, Carlos Santiago Nino montou um quadro da hierarquia

formal do Ordenamento Jurídico argentino, com base na doutrina juspositivista²². Na academia brasileira, Tércio Sampaio Ferraz, em sua análise crítica, não apresentou alternativa estrutural à “pirâmide kelseniana”²³. E, mais recentemente, Luigi Ferrajoli partiu da teoria piramidal para considerar o Ordenamento Jurídico como um conjunto de Normas (significados) escalonadas em níveis (mundo de significados), cujo ápice é a Norma de reconhecimento (segundo ele, um refinamento da categoria Norma fundamental)²⁴.

Cabe acentuar que Ronald Myles Dworkin, com a finalidade de criticar tal tese juspositivista, comparou-a com um teste de *pedigree*, haja vista que confere importância determinante à origem formal de determinado preceito normativo, independentemente de seu conteúdo. Com efeito, segundo a proposição em tela, os preceitos normativos podem ter qualquer teor, desde que sua concepção tenha observado o procedimento preestabelecido e tenha sido conduzida pela autoridade competente, em estrita consonância com o escalonamento formalmente estruturado da ordem jurídica²⁵.

Outrossim, sob a ótica juspositivista, o Ordenamento Jurídico consubstancia o conjunto unitário, coerente e completo de todas as Regras Jurídicas já devidamente fixadas pela autoridade formalmente legitimada. Ao aplicador, bastaria se socorrer deste manancial de respostas pré-fixadas pelo órgão produtor do Direito para descobrir a solução dos casos concretos, consoante métodos interpretativos elaborados pelos Juristas. E, em caso de ambiguidades, lacunas ou antinomias, seria necessário se socorrer de critérios devidamente preestabelecidos, de modo a reservar a incidência de padrões de julgamento externos somente em casos especificamente autorizados.

Acerca da quarta peculiaridade (aplicação por subsunção), os juspositivistas sustentam que as Normas Jurídicas são direcionadas ao juiz, a quem cabe aplicá-las através de um procedimento lógico dedutivo, chamado de subsunção dos fatos aos Textos Normativos, com vistas a descobrir a resposta latente preestabelecida pelo legislador ou em precedente judicial anterior, que servirá como resposta para o novo caso que se apresenta perante a jurisdição.

Com efeito, as Normas Jurídicas não seriam imperativos estabelecidos com o objetivo principal de direcionar as condutas sociais, mas sim de orientar a jurisdição na repressão dos eventuais comportamentos desviantes. Em razão de tal foco no caráter coativo inerente aos

imperativos jurídicos, o juiz deve ser entendido como seu principal destinatário, cabendo-lhe desvendar qual a resposta que conferem, antecipadamente, para as hipóteses futuras de aplicação. Apenas secundariamente é que os imperativos são direcionados ao cidadão, a quem cabe optar pelo cumprimento da Norma Jurídica ou, alternativamente, pela submissão à sanção institucionalizada, aplicada mediante atuação dos magistrados²⁶.

Assim, cabe ao juiz efetuar a interpretação e aplicação das Normas Jurídicas aos casos concretos, na qualidade de seu destinatário principal, mediante o procedimento lógico dedutivo de subsunção. De acordo com tal processo decisório, o intérprete deve primeiro fixar a amplitude da Norma Jurídica previamente dada pelo legislador ou encontrada em um precedente, que consubstancia a premissa maior, e, depois, encaixar as peculiaridades fáticas de um determinado caso, que correspondem às premissas menores, dentro dos quadros normativos previamente fixados, segundo uma lógica meramente dedutiva. Nesta operação mental, apresenta-se uma divisão entre uma primeira etapa puramente interpretativa, na qual o juiz busca os significados latentes de uma disposição legal, e uma segunda fase aplicativa, em que os fatos recebem os influxos decorrentes da normatização previamente fixada. Também há uma divisão fictícia entre questões de Direito e de fato, pois o magistrado juspositivista deve inicialmente conhecer a legislação e, em separado e depois, tomar ciência da ocorrência factual para, mediante silogismos lógicos, estabelecer os quadrantes jurídicos capazes de solucionar os problemas fáticos.

É digno de destaque o caráter meramente reprodutivo que a generalidade dos juspositivistas atribuem à atividade judicante, a qual consistiria em receber as Normas previamente estabelecidas como critérios de solução para problemas futuros, sem a criação de parâmetros de conduta novos e específicos, os quais poderiam colocar em risco a segurança jurídica, ao causarem surpresa aos cidadãos (jurisdicionados)²⁷. Sob esta ótica, vigora o dogma de que o Direito consubstancia um conjunto de Regras Jurídicas dadas de antemão pela autoridade competente, com a finalidade de reger os casos futuros, de modo a conferir certeza quanto às consequências dos comportamentos humanos. Ocorrendo um problema (um conflito entre particulares, por exemplo), caberá ao juiz se limitar a enquadrar os fatos litigiosos dentro das margens semânticas de uma Norma Jurídica dada *a priori*, de forma mecanicista, evitando a criação de soluções *ad hoc* e *ex post facto*, que seriam imprevisíveis para as partes²⁸. Logo, a

subsunção é considerada a forma adequada de aplicação da legislação (ou dos imperativos extraídos da Jurisprudência), justamente porque, ao privilegiar a mera reprodução de sentidos e evitar a produção normativa independente do juiz, preserva o valor da certeza do Direito.

Cabe referir, por fim, que a descrição acima referida, quanto ao caráter meramente reprodutivo da atividade jurisdicional no Paradigma do Positivismo Jurídico, não ignora o entendimento diverso de Kelsen (adotado também por outros juspositivistas), no sentido de que a Decisão Judicial representa a “produção” de uma nova Norma Jurídica, de cunho individual (ou seja, para reger um caso específico), de modo a inaugurar mais uma escala na dinâmica do Ordenamento Jurídico. Notadamente, o referido autor discrepa quanto aos demais membros da corrente juspositivista ao admitir que a interpretação não é um ato declaratório de um Direito preexistente, mas sim a produção de uma Regra Jurídica específica para o caso concreto, embora limitada pelos parâmetros traçados pelas disposições de hierarquia superior. Todavia, também ele adota o posicionamento de que a operação de interpretação e aplicação do Direito ocorre mediante o procedimento lógico dedutivo de subsunção, em conformidade com os demais defensores da doutrina juspositivista, embora lhe confira um caráter criativo e não meramente reprodutor.

E, sobre o quinto atributo (discricionariedade judicial), o Juspositivismo admite que o juiz deverá empregar discricionariedade na interpretação e na aplicação do Direito (*judicial discretion*), no sentido de produzir a Regra Jurídica que reputar mais adequada para resolução do caso concreto submetido à jurisdição (*interstitial legislation*), em se tratando dos chamados casos difíceis (*hard cases*), nos quais a ambiguidade dos textos normativos (legislação e precedentes), as lacunas ou as antinomias permitem a adoção de soluções diversas para uma mesma hipótese concreta, de modo a ensejar insegurança (imprevisibilidade) quanto à solução correta a ser oferecida pela jurisdição, apesar da existência de um extenso leque de preceitos legais previamente fixados pela autoridade competente.

Embora todos os elementos teóricos do Juspositivismo estejam voltados à finalidade de ampliação do valor da segurança jurídica (certeza do Direito), os Juristas vinculados a este Paradigma da Ciência Jurídica reconhecem que há limites na capacidade de conformação da Decisão Judicial, representados pela inexistência de fórmulas capazes de disciplinar

completamente a atividade do juiz. Tais limitações se manifestam constantemente nos quadros do modelo teórico, principalmente de duas formas distintas.

Primeiro, através da ambiguidade inerente à linguagem, que acarreta a incerteza ou indeterminabilidade de determinadas construções textuais e, conseqüentemente, amplia a chamada margem de manobra do intérprete, que acaba possuindo opções para decidir de maneiras ou intensidades diferentes. Para representar tal amplitude de aplicação, Kelsen afirmou que a Regra Jurídica pode ser representada metaforicamente como a moldura de um quadro (ou ainda uma esquadria ou janela), dentro da qual o magistrado pode encaixar a solução que reputar mais adequada, observados os limites gramaticais da disposição legal, que servem de fronteira final de sua atividade²⁹. Hart, de outro lado, tratou do tema se referindo a zonas cinzentas de indeterminação existentes em certos imperativos, em que a textura normativa se apresenta porosa (*open texture*), facultando ao intérprete a possibilidade de escolha quanto a solução que entender mais condizente para dirimir a causa³⁰. Ou seja, apesar de o texto normativo (a legislação ou o precedente judicial) estabelecer uma importante limitação à atividade decisória do juiz, servindo como baliza fixada pela representação política (e, idealmente, democrática), ele não tem um grau de determinabilidade suficiente para expurgar por completo a possibilidade de atuação discricionária.

E, segundo, também a existência de falhas na completude (lacunas) e na coerência (antinomias) do Ordenamento Jurídico acabam por criar insegurança (imprevisibilidade) quanto à resposta que pode ser oferecida pela jurisdição, haja vista que franqueiam opções ao órgão aplicador do Direito, a serem escolhidas mediante o exercício de sua discricionariedade. Exemplificativamente, em se tratando de lacunas, o juiz poderá optar em aplicar a analogia, os princípios gerais do Direito, os costumes ou a equidade (e eventuais outros padrões normativos), de modo a dispor de alternativas quanto à integração da ordem jurídica. E, no caso de antinomias, nada veda a existência de duas disposições contraditórias que sejam do mesmo nível hierárquico, simultâneas e específicas, de modo a permitir ao magistrado a escolha da Decisão discricionariamente, como já alertou Bobbio³¹. Ou seja, também por estes motivos a matriz disciplinar juspositivista não dá conta de assegurar a certeza jurídica e, assim, acaba por admitir uma certa margem de manobra ao juiz.

Portanto, os juspositivistas entendem que efetivamente há um limite à possibilidade de conformação da atividade decisória da jurisdição e, como solução, propõem que o juiz faça uso de sua discricionariedade para produzir a solução que reputar mais adequada ao caso concreto.

4 CONCLUSÕES

Considerando as cinco características gerais expostas, pode se confirmar o conceito antes oferecido, no sentido de que o Positivismo Jurídico é o Paradigma da Ciência Jurídica caracterizado, principalmente, pela separação entre Direito e Moral, formação do Ordenamento Jurídico exclusivamente (ou prevalecentemente) por Regras positivadas, construção de um sistema jurídico escalonado só pelo critério de validade formal, aplicação do Direito posto mediante subsunção e discricionariedade judicial (*judicial discretion* ou *interstitial legislation*) para resolução dos chamados casos difíceis (*hard cases*).

De acordo com tal conceito operacional, as quatro plataformas centrais da teoria do Direito positivista são caracterizadas da seguinte forma:

a) as Fontes Jurídicas são exclusivamente os Textos Normativos elaborados pela autoridade competente (legislação e precedentes, conforme a vinculação ao *civil law* ou ao *common law*), salvo autorização normativa expressa para o acesso a outros elementos;

b) as Normas são apenas as Regras Jurídicas devidamente positivadas (ou, ao menos preponderantemente, acaso expressamente admitido o recurso a outros padrões de julgamento, como já mencionado);

c) o Ordenamento Jurídico corresponde a uma pirâmide de imperativos legais, escalonados hierarquicamente de acordo com critérios formais de validade, cujo ápice é a Norma fundamental pressuposta; e,

d) a Decisão Jurídica é tomada através do procedimento lógico dedutivo de subsunção, mediante o qual o juiz enquadra os fatos que lhe são apresentados dentro dos moldes de uma disposição normativa, socorrendo-se da sua própria discricionariedade em casos difíceis.

No artigo subsequente, que continua a apreciação do paradigma do Positivismo Jurídico, segue a indicação justificada dos pontos de tal matriz disciplinar que reclamam supressão ou modificação e, também, daqueles aspectos que merecem ser preservados.

NOTAS

- ¹ PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito, 2011.
- ² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 15: “A expressão 'positivismo jurídico' não deriva daquela de 'positivismo' em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico – tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão 'positivismo jurídico' deriva da locução *direito positivo* contraposta àquela de *direito natural*”. Também, DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 66: “É inegável que os partidários do PJ [Positivismo Jurídico] foram influenciados pelo positivismo filosófico, como se percebe na tendência de rejeitar teses metafísicas e/ou idealistas sobre a natureza do direito, concentrando-se em fatos demonstráveis, tais como a criação de normas jurídicas pelo legislador político. Mas isso não significa que os partidários do PJ aceitem todas as ideias historicamente designadas como positivistas”. FARALLI, Carla. *Le grandi correnti della filosofia del diritto: dai greci ad Hart*. Torino: G. Giappichelli, 2011, p. 44-46: “Positivismo filosofico e positivismo giuridico si differenziano fino dalla definizione, anche se sembrano accomunati dal termine positivismo”.
- ³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 57-62 e 96-100.
- ⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 136: “O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como *fato*, não como *valor*: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte distinção do próprio direito em bom ou mau, justo e injusto. O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social; o juspositivismo estuda tal direito *real* sem se perguntar se além deste existe também um direito *ideal* (como aquele natural), sem examinar se o primeiro corresponde ou não ao segundo e, sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal; [...]”.
- ⁵ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 169: “Mas mesmo os juspositivistas que não negam a existência objetiva da moral dominante (e, mais raramente, da moral crítica) consideram que seu estudo carece de interesse no âmbito da teoria do direito”.
- ⁶ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 276: “Positivismo jurídico

exclusivo (PJE). Abordagem no âmbito do positivismo jurídico *stricto sensu*, afirmando que a moral não pode ser utilizada em nenhuma hipótese como critério de identificação do direito positivo (reconhecimento de sua validade e realização da sua interpretação). Algo é juridicamente válido quando (e porque) corresponde a fatos sociais que podem lhe conceder essa validade, nunca adquirindo os mandamentos morais relevância jurídica”. E, DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 266: “A primeira delas é o positivismo 'exclusivo', que insiste na tradicional tese positivista de que aquilo que o direito exige ou proíbe não pode jamais depender de qualquer critério moral”.

- ⁷ ALEXY, Robert. On the concept and the nature of law. *Ratio Juris*, Oxford, v. 21, n. 3, p. 281-299, 2008. p. 285-286: “Within positivism, the distinction between exclusive and inclusive positivism is the most important division where the relation between law and morality is concerned. Exclusive positivism, as advocated most prominently by Joseph Raz, maintains that morality is necessarily excluded from the concept of law (Raz 1979, 47). Exclusive positivism stands in a relation of contrariety to non-positivism, which claims that morality is necessarily included in the concept of law, that is to say, necessarily not excluded therefrom. Inclusive positivism, as defended, for instance, by Jules Coleman, counts as the rejection of both exclusive positivism and nonpositivism. It says that morality is neither necessarily excluded nor necessarily included. The inclusion is declared to be a contingent or conventional matter (Coleman 1996, 316) turning on what the positive law in fact says” (grifou-se). E, DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 266: “A segunda modalidade de positivismo é o positivismo 'inclusivo', que permite a introdução de critérios morais no texto para identificar o direito válido, mas somente se a comunidade jurídica tiver adotado uma convenção que assim o determine”.
- ⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 458: “Essa questão tem em Kelsen o seu corifeu. Mas Kelsen era um pessimista moral, uma espécie de cético que apostava em uma moral *relativista*. Para ele, a questão de vinculação do direito à moral se apresentava problemática, porque não há como sustentar uma moral absoluta – válida e vigente em todos os lugares e em todos os tempos – que possa servir como parâmetro para determinação dos conteúdos das normas jurídicas”.
- ⁹ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 115: “O termo 'formal' indica tão somente que, na visão juspositivista, a validade da norma nunca pode ser julgada de acordo com critérios de mérito externos, isto é, decorrentes de outros sistemas normativos (adequação moral, política, econômica, técnica, científica, artística etc)”.
- ¹⁰ ALEXY, Robert. On the concept and the nature of law. *Ratio Juris*, Oxford, v. 21, n. 3, p. 281-299, 2008. p. 285-286: “Within positivism, the distinction between exclusive and inclusive positivism is the most important division where the relation between law and morality is concerned. [...] Non-positivism, in arguing not only that morality is not necessarily excluded, but also that it is necessarily included, is contrary to both forms of positivism” (grifou-se).
- ¹¹ ALEXY, Robert. Effects of Defects—Action or Argument? Thoughts about Deryck Beyvelvd and Roger Brownsword’s Law as a Moral Judgment. *Ratio Juris*, Oxford, v. 19, n. 2, p. 169-179, 2006. p. 170: “Non-positivism can determine the effect on legal validity that stems from the inconsistency of law with moral principles in any of three different ways. The question, in other words, pertains to the effects of moral defects on legal validity. It might be the case that legal validity is affected in no way at all, or that legal validity is lost in some cases, or that it is lost in all cases”.

- ¹² DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 68: “Isso indica que ser positivista no âmbito jurídico significa escolher como exclusivo objeto de estudo o direito que é posto por uma autoridade e, em virtude disso, possui validade (direito positivo)”;
- e, p. 131: “Partindo dessa delimitação negativa, o PJ *stricto sensu* afirma a *absoluta identidade entre o conceito de direito e o direito efetivamente posto pelas autoridades competentes, isto é, pelas autoridades que, em razão de uma constelação de poder, possuem a capacidade de impor o direito*”.
- ¹³ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 308-311, especialmente p. 309: “Os princípios gerais, a meu ver, são apenas normas fundamentais ou normas generalíssimas do sistema. [...] Para mim não resta dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras”.
- ¹⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 164: “A doutrina juspositivista das fontes assume os movimentos da situação acima descrita, isto é, da existência de ordenamentos jurídicos complexos e hierarquizados, e sustenta que a fonte predominante, quer dizer, a fonte que se encontra no plano hierárquico mais alto, é a lei, visto que ela é a manifestação direta do poder soberano do Estado e que os outros fatos ou atos produtores de normas são apenas fontes subordinadas”.
- ¹⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 197-198: “Consideramos particularmente importante a teoria do ordenamento jurídico para efeito da caracterização do positivismo jurídico, porque através dela chega-se ao coração desta corrente jurídica. [...] a teoria do ordenamento foi 'inventada', isto é, introduzida *ex novo* pelo próprio positivismo. [...] A teoria do ordenamento jurídico encontra a sua mais coerente expressão no pensamento de Kelsen. Por isso podemos considerar este autor como o clímax do movimento juspositivista, depois do que começa sua decadência, isto é (sem metáfora), sua crise”.
- ¹⁶ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 11-12: “Quem identifica o direito com a lei escrita, ou seja, quem defende a tese do positivismo legal deve afirmar que, nos casos duvidosos, a decisão é determinada por fatores extrajurídicos. Totalmente diversa é a compreensão do não positivista. Como não identifica o direito com a lei, para ele, a decisão também pode ser determinada pelo direito, se a lei não a estipular de modo coercitivo”.
- ¹⁷ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 198: “A teoria do ordenamento jurídico se baseia em três caracteres fundamentais a ela atribuídos: a *unidade*, a *coerência*, a *completude*; são estas três características que fazem com que o direito no seu conjunto seja um ordenamento e, portanto, uma entidade nova, distinta das normas singulares que o constituem”.
- ¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 187.
- ¹⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 213: “Costuma-se representar a estrutura hierárquica de um ordenamento com a figura da *pirâmide*, razão pela qual se fala também de construção em pirâmide do ordenamento jurídico. Nessa pirâmide, o vértice é ocupado pela norma fundamental; a base é constituída pelos atos executivos. Se olharmos a pirâmide de cima para baixo, veremos uma *série de processos de produção jurídica*; se olharmos de baixo para cima, veremos, ao contrário, uma *série de processos de execução jurídica*”.
- ²⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: UnB, 1999.

- ²¹ Gráfico composto pelo autor deste trabalho, com base em KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ²² NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 178-182.
- ²³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 148.
- ²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 432-433.
- ²⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 28: “O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com o auxílio de critérios específicos, de testes que não tem a ver com seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de *pedigree* podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como 'regras morais') que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público” (27-28).
- ²⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 195: “Concluindo: na doutrina do imperativismo jurídico ocorreu uma evolução na qual pode-se distinguir duas fases, qualificáveis respectivamente como *imperativismo ingênuo* e *imperativismo crítico*. 1) *Imperativismo ingênuo* (que vai de Hobbes a Austin e ao qual pertence o próprio Thon) considera o direito como um conjunto de comandos dirigidos pelo soberano aos cidadãos, sem analisar ulteriormente a estrutura do imperativismo jurídico. 2) *Imperativismo crítico* (que tem como um dos seus maiores expoentes Kelsen) precisa os caracteres do imperativo jurídico sob dois aspectos: a) a norma jurídica é um imperativo hipotético; b) a norma jurídica é um imperativo que se dirige não aos cidadãos, mas aos juízes”.
- ²⁷ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 164: “[...] o positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para *produzir*, mas para *reproduzir* o direito, isto é, para explicitar como meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas”.
- ²⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 133: “[...] 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)”.
- ²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 388.
- ³⁰ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 171: “Nesses casos, a autoridade encarregada de estabelecer as normas deve evidentemente exercer a sua discricionariedade, e não há possibilidade de tratar a questão levantada pelos vários casos como se pudesse ser resolvida por uma única solução correta *a priori*, e não por uma solução que represente um equilíbrio razoável entre diversos interesses conflitantes”.

- ³¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 257: “Isso significa, em outras palavras, que no caso de um conflito em que não se possa aplicar nenhum dos três critérios, a solução é confiada à liberdade do intérprete: poderemos quase falar de um verdadeiro poder discricionário do intérprete, ao qual é confiada a resolução do conflito segundo a oportunidade, valendo-se de todas as técnicas hermenêuticas que são usadas há tempos e consolidadas tradicionalmente pelos juristas, e não se limitando a aplicar uma regra única”.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- ALEXY, Robert. Effects of Defects—Action or Argument? Thoughts about Deryck Beyleveld and Roger Brownsword’s Law as a Moral Judgment. *Ratio Juris*, Oxford, v. 19, n. 2, p. 169-179, 2006.
- ALEXY, Robert. On the concept and the nature of law. *Ratio Juris*, Oxford, v. 21, n. 3, p. 281-299, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: UnB, 1999.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FARALLI, Carla. *Le grandi correnti della filosofia del diritto: dai greci ad Hart*. Torino: G. Giappichelli, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito, 2011.

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