

A ESSÊNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO

André Luiz Staack

Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Mestrando em Estudos Políticos pela Universidade de Caldas – UCaldas/Colômbia. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Univali (convênio com a Escola do Ministério Público de Santa Catarina). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brusque. Oficial de justiça e avaliador lotado no Fórum da Comarca de Brusque/SC. staack@tjsc.jus.br

Resumo

Este artigo objetivou identificar e analisar as características essenciais do Positivismo Jurídico. O estudo teve como objetivo geral identificar, por meio de uma detida pesquisa bibliográfica, as características centrais da concepção positivista do Direito, a fim de definir aquelas que retratam, efusivamente, essa maneira de se conceituar o pensamento jurídico. Para o alcance da meta proposta, o método de abordagem foi o indutivo, sendo o levantamento de dados realizado por meio da técnica da pesquisa bibliográfica de fonte secundária. Nas considerações finais, concluiu-se que o Positivismo Jurídico possui cinco características centrais, as quais, de forma detalhada e com certa profundidade, serão consignadas ao longo do texto.

Palavras-chaves:

Paradigma. Positivismo jurídico. Características centrais. Teoria da decisão.

THE ESSENCE OF LEGAL POSITIVISM

Abstract

This article aimed to identify and analyze the essential features of the Legal Positivism. The study had as general objective to identify, through a detained bibliographical research, the Central Features of the positivist conception of Law, in order to define those who portray, effusively, this way of conceptualize the legal thought. To achieve the proposed objective, the approach method was inductive, and the data survey was conducted by the technical of secondary source of bibliographical research. Final considerations, it was concluded that the Legal Positivism has the following Central Features: separation, in its essence, between

law and moral; law formed exclusively or preponderantly by legal rules; prevalence of formal criterion validity to the detriment of the material; application of the rule to the case through the subsumption and use of judicial discretion for the resolution of difficult cases.

Keywords:

Paradigm. Legal Positivism. Central Features. Theory of Decision.

Sumário

1 Introdução. 2 Dos Paradigmas da Ciência Jurídica. 3 Positivismo Jurídico. 4 Características Centrais do Positivismo Jurídico. 5 Considerações Finais. 6 Referências

1 INTRODUÇÃO

Este artigo visa a investigar e identificar as características essenciais da concepção positivista do Direito, dando ênfase àquelas que retratam e solidificam essa maneira de se definir o pensamento jurídico contemporâneo.

O critério metodológico utilizado para essa investigação e a base lógica do relato dos resultados apresentados reside no Método Indutivo (PASOLD, 2015, p. 90-93, 97-99). Na fase de tratamento dos dados, utilizou-se o Método Cartesiano (PASOLD, 2015, p. 92).

Este artigo, portanto, tem como objetivo geral identificar as características centrais da concepção positivista do Direito, a fim de definir aquelas que retratam, efusivamente, essa maneira de se conceituar o pensamento jurídico em toda sua extensão. Os objetivos específicos são: a) abordar acerca dos conceitos de paradigma e ciência jurídica, enfatizando as proposições doutrinárias mais emblemáticas que, ao longo da História, regeram a seara jurídica; b) tratar, de maneira superficial, sobre a proposição paradigmática do Jusnaturalismo, possibilitando adentrar-se no tema do Juspositivismo, foco de estudo deste artigo; c) registrar, de forma detalhada, os pontos característicos da concepção positivista de Direito, evidenciando os posicionamentos mais emblemáticos e definidores de tal corrente jurídica.

Na delimitação do tema, levanta-se o seguinte problema: Quais as características centrais do Positivismo Jurídico?

Para o equacionamento do problema, levanta-se a hipótese: são estas as características centrais do Positivismo Jurídico – separação entre direito e moral; direito composto exclusivamente ou preponderantemente por regras jurídicas; prevalência do critério de validade formal em detrimento do material; aplicação da regra ao caso por meio da subsunção e utilização da discricionariedade judicial para a resolução dos casos difíceis.

As técnicas empregadas neste estudo serão a pesquisa bibliográfica, a categoria e o conceito operacional, quando necessário (PASOLD, 2015, p. 93-97, 108, 113-130).

Outros instrumentos de pesquisa, além daqueles anteriormente mencionados, poderão ser acionados para que o aspecto formal deste estudo se torne esclarecedor ao leitor.

Para fins deste artigo, buscaram-se, também, autores como César Luiz Pasold, Eros Roberto Grau, Luigi Ferrajoli, Norberto Bobbio, Orlando Luiz Zanon Júnior, Ronald Dworkin, Thomas Samuel Kuhn, entre outros, que apresentam diferentes percepções sobre o tema em estudo para elucidar os significados e contextos de determinadas categorias apresentadas nesta pesquisa.

2 DOS PARADIGMAS DA CIÊNCIA JURÍDICA

A fim de dar início aos estudos e objetivando permitir uma satisfatória resolução do problema proposto, tece-se a respeito do conceito de Paradigma, introduzido, no mundo contemporâneo, pelo cientista, e também físico, Thomas Samuel Kuhn (KUHN, 2009). Segundo ele, os Paradigmas são “[...] as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (p. 13).

Do mesmo modo, com base no exposto por Thomas Samuel Kuhn (2009, p. 13, 228-234) em sua obra, Orlando Luiz Zanon Júnior (2015, p. 40) assim conceitua a categoria Paradigma: “[...] uma matriz disciplinar ou base teórica, ou seja, indica um conjunto de realizações universalmente aceitas que, durante certo período de tempo, fornece problemas e soluções modulares para determinada comunidade científica”.

Assim, como é possível se aferir, os paradigmas nada mais são do que dogmas construídos para serem apreciados, vivenciados e desenvolvidos durante um determinado período de tempo, até que, em virtude de uma crise e de uma revolução científica, seja ele superado e substituído, mesmo que gradualmente, por um novo modelo ou sistema.

Neste diapasão, Orlando Luiz Zanon Júnior subdivide, para melhor compreensão, a proposta de Thomas Samuel Kuhn em cinco momentos ou etapas, quais sejam: o período pré-paradigmático, a fase paradigmática, a crise na ciência, a etapa revolucionária e o estágio pós-paradigmático (ZANON JÚNIOR, 2015, p. 41-45).

O período pré-paradigmático, segundo o autor, é um espaço de tempo “[...] em que a comunidade científica não dispõe de uma teoria de base para o desenvolvimento de sua área de conhecimento” (ZANON JÚNIOR, 2015, p. 41). É, portanto, um período em que a comunidade se encontra órfã epistemologicamente falando.

Partindo de um momento de total ausência de uma teoria e caminhando para a edificação de uma sólida ciência, há o advento da denominada fase paradigmática ou também chamada de ciência normal (ZANON JÚNIOR, 2015, p. 41). Nessa fase, a comunidade científica passa a empregar “[...] as bases teóricas compartilhadas para a resolução de diversos problemas (solucionar quebra-cabeças), procurando responder às indagações de acordo com os conceitos, métodos e instrumentos proporcionados pelo Paradigma” (ZANON JÚNIOR, 2015, p. 41). Nasce, portanto, uma teoria que, até o exato momento da crise de identidade, perpetuar-se-á com todos seus dogmas e conceituações.

Em um momento posterior, ante o surgimento de anomalias¹ e de perguntas que não encontram respostas dentro dos conceitos defendidos pelo paradigma em vigência, instaura-se uma crise no sistema científico, até então defendido e considerado ideal para a solução dos conflitos. Esta crise, contudo, somente se edifica, segundo Orlando Luiz Zanon Júnior, “[...] quando a comunidade científica se depara com uma situação que, a despeito de esforços e de modificações pontuais na matriz teórica, não encontra resolução dentro do Paradigma” (2015, p. 42). Como se vê, tal crise, destarte, é a responsável pela quebra do paradigma até então defendido, bem como pode, assim, ser considerada a mola propulsora que tende a incentivar a comunidade científica a perseguir e definir, a partir daquele momento, uma nova teoria que, de fato, venha a responder a todas as indagações e solucionar, de modo coerente e acertado, todos os conflitos sociais.

¹ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. *Teoria complexa do direito*. p. 43: “A anomalia anuncia o prelúdio para renovação da ciência normal, mediante a substituição do modelo teórico por um novo, que não está sujeito às deficiências encontradas no anterior e que permite superar as inseguranças profissionais, mesmo que não ofereça respostas para todos os problemas do respectivo setor.”

Segundo Orlando Luiz Zanon Júnior (2015, p. 42), “a crise pronuncia, então, a **etapa revolucionária** ou de ciência extraordinária”,² momento no qual a comunidade científica passa a edificar, paulatinamente e com coerência, uma nova teoria e novos conceitos que, ao superar as anomalias e curar as feridas epistemológicas, serão responsáveis por responder às indagações e resolver os problemas sociais em toda sua extensão. Brotam, então, o novo paradigma, a jovem teoria e os inovadores e distintos conceitos.

Por fim, institui-se o estágio pós-paradigmático indicando “[...] uma nova fase da ciência normal, em que os cientistas estarão diante de um cenário completamente novo para prosseguir com suas pesquisas” (ZANON JÚNIOR, 2015, p. 44). É a partir desse momento que a comunidade científica decide por aprofundar seus estudos e teorizar com mais afinco a respeito do novo paradigma, solidificando, ao menos por um tempo, tal proposição como acertada e plenamente verdadeira.

Conclui-se, no mais, que as ideias defendidas por Thomas Samuel Kuhn, em especial as etapas por ele construídas, podem ser utilizadas na compreensão de qualquer Ciência, inclusive, portanto, no âmbito de abrangência da Ciência Jurídica. É nesse contexto, então, que serão apresentados, a seguir, o conceito de Ciência Jurídica e suas proposições paradigmáticas mais significativas.

Embora haja discussão na doutrina acerca da cientificidade do ramo jurídico, serão levantados, tão somente, considerando que este não é objetivo precípua deste artigo, os conceitos de Ciência Jurídica já edificados e defendidos pelos jusfilósofos. Ademais, conquanto tal busca por um conceito ideal ainda não tenha terminado, compreende-se, neste reporte, que a Ciência Jurídica possui, de fato, todos os elementos que a certificam como ciência, tendo em vista que se utiliza de métodos e técnicas adequados, objetivando desenvolver seus argumentos e concretizar sua teorias.

Nas palavras de César Luiz Pasold (2015, p. 74), Ciência Jurídica é:

² Negrito conforme o original.

[...] a atividade de pesquisa que tem como Objeto o Direito, como Objetivo principal a descrição e/ou prescrição sobre o Direito ou fração temática dele, acionada Metodologia que se compatibilize com o Objeto e o Objetivo e sob o compromisso da contribuição para a consecução da Justiça.³

O autor defende, portanto, que o Direito não é uma ciência em si, mas sim o objeto da Ciência Jurídica, aliando seu objetivo a métodos e técnicas que, quando adequadamente utilizados, contribuirão para a consecução da Justiça. Corroborando tal entendimento, Eros Roberto Grau ensina que “[...] o direito *não é uma ciência*. O direito é estudado e descrito; é, assim, tomado como *objeto* de uma ciência, a chamada *ciência do direito*” (GRAU, 2011, p. 37).

Orlando Luiz Zanon Júnior (2015, p. 51) assinala que a Ciência Jurídica:

[...] foca sua atenção na sistematização, disseminação, controle, revisão e segurança quanto à produção dos conhecimentos moral, ético e jurídico, os quais se referem aos estudos sobre a tomada de decisões em Sociedade, mormente as limitações ao uso da força e do arbítrio, de modo a favorecer a previsibilidade.

A previsibilidade, de fato, é o que persegue a Ciência Jurídica, criando conceitos e definindo teorias que, quando já concretizadas, servirão de base para a solução dos conflitos e, conseqüentemente, para a prévia e coerente determinação das respostas. É, portanto, por meio da Ciência e de seus métodos e técnicas, que a previsibilidade é formalizada e as prontas e rápidas soluções são construídas.

Após este apanhado acerca do conceito e contexto da Ciência Jurídica, tratar-se-á, a partir de então, de dois paradigmas ou proposições paradigmáticas centrais de tal ramo científico. Para tanto, será abordado, inicialmente, a respeito do Jusnaturalismo para, em ato contínuo, versar sobre o movimento e definir as características essenciais do Positivismo Jurídico.

Ricardo Maurício Freire Soares (2007) aduz que o jusnaturalismo:

³ Negrinho conforme o original.

[...] se afigura como uma corrente jurisprudencial de fundamentação do direito justo que remonta às representações primitivas da ordem legal de origem divina, passando pelos sofistas, estóicos, padres da igreja, escolásticos, racionalistas dos séculos XVII e XVIII, até a filosofia do direito natural do século XX.

O jusnaturalismo, portanto, é uma proposição paradigmática que tinha como fundamentação o direito justo que, por sua vez, estava baseado nos pilares do direito natural e na utilização consciente da boa razão. Em vista disto, as regras do direito natural, para os adeptos de tal proposta, estavam localizadas acima da legislação edificada pelos homens, servindo de fundamento hierarquicamente superior na resolução de conflitos.

Orlando Luiz Zanon Júnior (2015, p. 64) assim assevera ao tratar do Jusnaturalismo:

A característica mais marcante de tal Paradigma da Ciência do Direito consiste em afirmar a existência de uma ordem jurídica universalmente válida, historicamente invariável e axiologicamente superior àquela produzida pelo Estado, a qual decorreria da própria natureza humana e seria aferível somente pela boa razão. Nesta linha de raciocínio, o Direito natural seria anterior e hierarquicamente mais elevado do que a legislação, cabendo apenas ser racionalmente reconhecido e incorporado ao sistema positivo para fins sancionatórios.

O direito natural pode ser definido, com base na análise histórico-valorativa realizada pelo jurista italiano Norberto Bobbio em sua obra *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito* (1995, p. 22-23), nos seguintes critérios e dizeres: a) o direito natural vale em toda parte (é universal); b) o direito natural é imutável no tempo (detém um caráter de imutabilidade, pois permanece genuíno ao longo do tempo); c) o direito natural é originado de uma fonte que vai além do que pode e é produzido pela força humana; é proveniente de uma força maior e indiscutível; d) o direito natural é aquele que conhecemos por meio de nossa razão; e) os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou ruins por si mesmos; f) o direito natural estabelece aquilo que é bom, e não o que é útil.

As características adrede apresentadas demonstram, de forma detalhada, os pilares da proposição jusnaturalista que, em sua base, é alicerçada na razão e na plena justiça. Em vista disto, o direito natural, consoante se percebe, é fruto da consciência coletiva, dos bons costumes e dos princípios éticos e morais que compõem a base da sociedade.

Tal proposição paradigmática, entretanto, embora tenha permanecido forte e consistente durante muitos séculos, foi perdendo força à medida que os problemas sociais foram aumentando e o direito posto foi se sobrepondo ao direito natural. Isto se deve ao fato de que muitos passaram a confiar mais nas regras criadas pelo homem do que naquelas que se encontravam amparadas em uma máxima tacitamente regulamentada. Em síntese, o direito posto passou a ser mais confiável e a previsibilidade na aplicação da norma, decorrente das regras explicitamente regimentadas, deu ensejo a uma maior segurança jurídica.

Dando sustentação ao supraexposto, Orlando Luiz Zanon Júnior (2015, p. 67) realça e reproduz o momento de superação da proposição paradigmática em comento:

[...] as referidas rachaduras na construção teórica do Jusnaturalismo foram gradualmente ruindo o Paradigma, que já não conseguia mais se sustentar perante a ampliação da magnitude atribuída ao Direito posto pela autoridade estatal, com base principalmente no argumento de que conferia maior confiabilidade e previsibilidade na aplicação da Norma, ou seja, atingia maior segurança jurídica (maior grau de certeza).

Com o declínio do direito natural, nasce um novo paradigma – o direito positivo, Positivismo Jurídico ou juspositivismo –, “[...] doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo” (BOBBIO, 1995, p. 26).

Norberto Bobbio (1995, p. 26) arremata:

[...] o Positivismo Jurídico é uma concepção do direito que nasce quando “direito positivo” e “direito natural” não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em si próprio. Por

obra do Positivismo Jurídico ocorre a redução de todo direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria de direito: o direito positivo é direito, direito natural não é direito.

No tópico a seguir tratar-se-á acerca deste novo paradigma, qual seja, o Positivismo Jurídico, momento em que serão delineados seus contornos e registradas suas bases teóricas.

3 POSITIVISMO JURÍDICO

Considerando que não é o objetivo deste artigo tratar exaustivamente acerca do Positivismo Jurídico e nem abordar, em sua inteireza, seus aspectos histórico-filosóficos, serão versados, a seguir, apenas alguns conceitos ou propostas de definições de renomados jusfilósofos, objetivando abrir caminho para identificação detalhada, tão somente e em momento posterior, de suas características essenciais.

Norberto Bobbio (1995, p. 15), em sua obra *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*, ensina a respeito da origem da expressão “Positivismo Jurídico”:

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 à aquela de direito natural.

A expressão “Positivismo Jurídico”, conforme se verifica, foi criada para contrastar os ideais do jusnaturalismo, até então considerado o paradigma e o norte para a resolução dos conflitos sociais, não havendo, portanto, como objetivo, clonar o pensamento e/ou a teoria do reconhecido positivismo filosófico.

No que diz respeito ao conceito de Positivismo Jurídico, César Luiz Pasold (2008, p. 209), em sua obra *Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio*, mencionando as palavras do jusfilósofo italiano, consignou-o do seguinte modo: “[...] por Positivismo Jurídico entende-se aquela teoria do direito segundo qual não existe outro direito a não ser o positivo, que é aquele observado de fato num determinado grupo social”.⁴

Dimitri Dimoulis, neste contexto, reporta 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)” (2006, p. 68). Assim, para os reconhecidos positivistas, a única fonte considerada ideal e verdadeira é a regra editada formal e imperativamente pelo Estado, servindo esta como meio e fim para a resolução dos conflitos sociais.

Luigi Ferrajoli (2011, p. 43) ensina que

o postulado do Positivismo Jurídico clássico é de fato o princípio de legalidade formal, ou, se se quiser, de mera legalidade, aquela metanorma de reconhecimento das normas vigentes. Com base nisso, uma norma jurídica, qualquer que seja o seu conteúdo, existe e é válida por força unicamente das formas da sua produção.

Como é possível se aferir do até então exposto, o Positivismo Jurídico tem por postulado o princípio da legalidade formal, ou seja, aquele que concede validade às regras única e exclusivamente tendo por base sua forma de produção, desconsiderando, para tanto, seu conteúdo e/ou matéria.

Ronald Dworkin (2002, p. 27-28), em sua obra *Levando os direitos a sério*, registrou algumas proposições centrais e organizadoras do Positivismo Jurídico que, a seu ver, identificam, de maneira geral, o esqueleto de tal proposta. São elas:

[...] a) 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 auxílio de critérios específicos, de

⁴ BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz*. Tradução Álvaro Lorencini. São Paulo: Ed. Unesp, 2003. Título original: *Il problema della guerra e le vie della pace*, p. 119.

testes que não têm 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.

b) o conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com “o direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante “a aplicação do direito”. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, “exercendo seu discernimento pessoal”, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente.

c) Dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa (Dizer que ele tem um direito jurídico, ou um poder jurídico de algum tipo, ou um privilégio ou imunidade jurídicos é asseverar de maneira taquigráfica que outras pessoas têm obrigações jurídicas reais ou hipotéticas de agir ou não agir de determinadas maneiras que o afetem). Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica; segue-se que quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discricção, ele não está fazendo valer um direito jurídico correspondente a esta matéria.⁵

A primeira proposta – o teste de *pedigree* registrado por Dworkin –, enaltece, como se constata, o aspecto manifestamente formalista do movimento positivista, pois, segundo ele, os critérios utilizados para a aplicação de tal exame estão diretamente desconectados de seu conteúdo; a segunda – as regras jurídicas ditas especiais –, nas palavras de Dworkin, confundem-se com próprio o Direito, sendo elas as solucionadoras dos conflitos sociais; a terceira – a ideia de Dworkin de que, na ausência de regra, deverá o juiz exercer seu discernimento – **terá, por**

⁵ Itálico conforme o original.

certo, de manifestar sua discricionariedade judicial plena; a quarta – a concepção de Dworkin de que a detenção de uma obrigação jurídica está diretamente ligada à ideia de subsunção –, ou seja, a plena aplicação de uma regra jurídica ao caso concreto.

Derradeiramente, nas palavras de Orlando Luiz Zanon Júnior (2015, p. 229-230), o Positivismo Jurídico ou Juspositivismo é:

[...] o Paradigma da Ciência Jurídica caracterizado, principalmente, pela separação entre Direito e Moral, formação do Ordenamento Jurídico exclusivamente ou prevalentemente por regras positivadas, construção de um sistema jurídico escalado 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*)⁶.

Do conceito supraexposto é possível identificar as características essenciais do movimento paradigmático em estudo que, a seguir, serão tratadas, analisadas e detalhadas de forma devida. Desde já, entretanto, é possível assinalar que o direito positivo, de uma maneira geral e em suma, é um movimento que tem por fim enaltecer a regra explícita, codificada e formal em contraposição àquelas implícitas e imutáveis que faziam parte do arcabouço de resoluções de conflitos do direito natural.

4 CARACTERÍSTICAS CENTRAIS DO POSITIVISMO JURÍDICO

Diante o modo didático empregado por Orlando Luiz Zanon Júnior para discorrer sobre o tema, será tomada por base sua teoria, bem como, detidamente, registrados e analisados seus argumentos a respeito das características essenciais do Positivismo Jurídico.

Nas palavras de Orlando Luiz Zanon Júnior (2015, p. 74), são estas as cinco principais características do Positivismo Jurídico:

⁶ Itálico conforme o original.

[...] 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*).⁷

Inicialmente, no que se refere à relação do direito com a moral,⁸ a proposição paradigmática em estudo, em sua essência, defendeu sua total separação, haja vista que para os juspositivistas tradicionais o direito possui um caráter meramente objetivo e lógico, enquanto a moral, preenchida de subjetividade e exame valorativo, é compreendida como incompatível e, logo, não permitida sua apreciação e aplicação.

Neste contexto, Orlando Luiz Zanon Júnior (2015, p. 76) elucida:

[...] os juspositivistas entendem que a Moral deve ser ignorada pelos Juristas, 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.

Norberto Bobbio (1995, p. 136), igualmente, aponta:

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.

Entretentes, embora tal separação tenha sido amplamente defendida por diversos adeptos do movimento, muito se discutiu acerca de sua necessária relação para o estudo e aplicação do Direito. Daí, em virtude da divergência levantada, surgiram duas correntes emblemáticas: uma “[...] que advoga a tese da exclusão

⁷ Itálico conforme o original.

⁸ Moral aqui compreendida como: “[...] a escala de valores de cada pessoa, voltado ao discernimento daquilo que é certo ou errado (justo ou injusto), de acordo com seu conhecimento adquirido, de modo a orientar as suas deliberações” (ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. *Teoria complexa do direito*. p. 136)

absoluta das questões morais do objeto da Ciência Jurídica” – *Juspositivismo exclusivo* –; e outra “[...] lastrada na chamada tese da indiferença, segundo o 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 expressa” – *Juspositivismo inclusivo* (ZANON JÚNIOR, 2015, p. 76).

Orlando Luiz Zanon Júnior (2015, p. 77) advoga:

Dentre os principais autores dessa corrente de pensamento, pode-se concluir que a *versão juspositivista de Kelsen* pode ser classificada como exclusiva, pois confere maior destaque à cissão entre Direito e Moral, haja vista seu entendimento de que o purismo jurídico é essencial ao caráter objetivo da Ciência do Direito.

[...]

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 (**grifou-se**).

Constata-se, destarte, inobstante tenham juspositivistas fervorosos defendido contumazmente a real e devida separação entre o Direito e a Moral, vozes dissonantes, no interior do movimento, intentaram incutir uma nova concepção, tal como realizou Hart (2001) em sua proposta, permitindo o uso do argumento moral, timidamente, na solução de certos casos, mormente nos de difícil resolução.

A segunda característica central do Positivismo Jurídico está diretamente ligada à concepção de fontes jurídicas, quais sejam: “[...] são aqueles fatos e aqueles atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas” (BOBBIO, 2014, p. 55).

Isto posto, na grande maioria das teorias edificadas no movimento paradigmático em estudo, a fonte jurídica considerada como único e legítimo argumento teórico para resolução de conflitos é a denominada regra jurídica, qual seja, aquela criada, regulamentada e manifestamente imposta pelo Estado aos cidadãos para, tão somente, ser cumprida sem qualquer exame valorativo a respeito ou, no caso do mo-

delo consuetudinário, aquela que é estabelecida em precedentes judiciais (ZANON JÚNIOR, 2015, p. 79). Daí nasce a segunda característica do Positivismo Jurídico: a formação exclusiva ou preponderante do Direito por legitimadas regras jurídicas.

Quanto às demais fontes jurídicas, segundo Orlando Luiz Zanon Júnior, somente são aceitas “[...] de acordo com a força e a abrangência que a legislação ou precedente lhes atribui expressamente” (2015, p. 79-80). Resumindo, para os juspositivistas, somente é permitido tal uso se a regra jurídica anteriormente editada assim expressamente definir (emprego e alcance).

A prevalência do critério de validade formal em detrimento do material é o terceiro predicado do Positivismo Jurídico, o qual pode ser compreendido no contexto de um sistema escalonado cuja hierarquia é peça essencial e responsável pela legitimidade de todo complexo de regras jurídicas.

Orlando Luiz Zanon Júnior (2015, p. 80) reforça:

[...] 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 pirâmide.

Como é possível se depreender do exposto, as regras jurídicas são consideradas válidas pelos juspositivistas apenas no que se refere a sua edição e posição dentro do sistema, sendo irrelevante seu aspecto material. É neste contexto que o juiz, intérprete autêntico⁹ nas palavras de Kelsen (2006), é compreendido pelos juspositivistas como mero aplicador da regra previamente definida – confundindo-se com o conceito de norma – ao caso concreto, desconsiderando o aspecto inovador das normas de decisão.

⁹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. p. 205: “[...] o intérprete dotado de poder suficiente para *criar* normas, a partir delas construindo, em cada caso, a *norma de decisão*, é o *intérprete autêntico* – isto é, fundamentalmente, o juiz; não obstante, também os que não preenchem os requisitos do *intérprete autêntico* (os que não são juízes) interpretamos/aplicamos o direito, até o momento anterior à *norma de decisão*” (p. 205).

Norberto Bobbio (1995, p. 164) sublinha: “[...] 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”.

Em resumo, o legislador é considerado o autêntico e legítimo idealizador do sistema, enquanto o juiz é tratado como mero fantoche e aplicador que, tão somente, logicamente e de forma mecânica, encaixa a regra-norma ao caso concreto e, em consequência, soluciona matematicamente o conflito social.

A quarta peculiaridade, neste diapasão, encontra-se justamente interligada à ideia de aplicação da regra ao caso concreto, denominada pelos juspositivistas como prática subsuntiva ou, tão somente, “[...] subsunção dos fatos aos Textos Normativos” (ZANON JÚNIOR, 2015, p. 85).

Este modo de aplicação é processado “[...] através de um procedimento lógico dedutivo, [...] com vistas a descobrir a resposta latente preestabelecida pelo legislador ou em precedente judicial anterior, que servirá com solução para o novo caso que se apresenta perante a jurisdição” (ZANON JÚNIOR, 2015, p. 85).

Orlando Luiz Zanon Júnior (2015, p. 85) traduz tal método de aplicação nos seguintes dizeres:

[...] 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.

Não é dada, portanto, uma abertura ao juiz na aplicação da regra ao caso concreto, devendo, simplesmente, agir de forma lógica e dentro dos parâmetros permitidos pelo legislador. É um trabalho puramente de dedução e dentro dos parâmetros admitidos pelo sistema como um todo.

O quinto atributo **é o emprego** da discricionariedade judicial para a resolução de casos difíceis. Segundo os positivistas, tal prática é permitida quando há ambiguidade dos textos normativos, lacunas ou antinomias ensejadoras de insegurança quanto à solução correta a ser proporcionada pela jurisdição (ZANON JÚNIOR, 2015, p. 86).

Eros Roberto Grau (2011, p. 207) explica que “[...] a discricionariedade [...] é exercitada em campo onde se formulam *juízos de oportunidade*, exclusivamente, porém, quando uma norma jurídica tenha atribuído à autoridade pública a sua formulação”¹⁰.

Assim, segundo o autor, o uso da discricionariedade judicial somente é permitido quando a própria regra jurídica autoriza tal utilização, não podendo a referida ser aplicada quando a lei nada falar a respeito.

Nos dias atuais, entretanto, muitos juízes estão se utilizando da discricionariedade judicial, embora tal categoria já tenha perdido força, como argumento moral, fazendo valer seus gostos, acepções e desejos.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2015, p. 205) expõe seu posicionamento acerca do hodierno panorama do pensamento jurídico nos seguintes termos:

[...] observa-se [...] uma progressiva substituição da antiga função dogmática de mediação ordenadora entre o passado e o presente, por uma espécie de “*função-prognóstico*”, capaz de lidar com a necessidade de aumentar a variedade de pontos de vista surgidos do caso a decidir, legitimando a ponderação de benefícios, interesses, tendo em vista suas consequências.

Assim, a discricionariedade judicial, compreendida como argumento a ser utilizado pelos intérpretes autênticos na resolução dos casos difíceis, conquanto seja característica central do Positivismo Jurídico, merece ser superada ou, ao menos, devidamente regulamentada, a fim de impedir que juízes, endeusados e solipsistas, não se utilizem do Direito para fazer justiça com suas próprias mãos.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2015, p. 204) arremata:

¹⁰ Itálico conforme o original.

Existe hoje uma vasta literatura (Dworkin, Alexy, Carlos Nino, Zagrebelsky, Atienza, Troper, etc.) que, a partir de uma crítica ao positivismo analítico e sua exclusão das justificações morais da argumentação jurídica, propõe, ao contrário, que os saberes dogmáticos e as técnicas jurídicas, por óbvio, não conseguem conviver com essa exclusão, sobretudo no terreno constitucional.

Surge daí um *ativismo judicial*, *principlista e argumentativo*, de clara matriz anglo-saxônica, que não só parte para um ataque à argumentação positivista (que separa direito e moral e despe os argumentos de sua carga moral para lhes dar uma carga de mera eficiência técnica), mas se endereça também para uma concepção da dogmática jurídica que vem transformando sua função social.

Sendo assim, constata-se que a seara jurídica se encontra em um momento de renovação no seu paradigma, tendo em vista que o Positivismo Jurídico, não obstante tenha por muito tempo solucionado com propriedade os problemas sociais, não mais assegura os direitos dos cidadãos de maneira devida e prezando pela plena e regular Justiça.

Orlando Luiz Zanon Júnior (2015, p. 122-123) sustenta:

[...] é preciso estruturar uma nova teoria do Direito, de viés pós-positivista, que, dentre outras coisas, primeiro, considere a inegável influência de diversos outros padrões de julgamento, além das Regras positivas, na produção normativa; segundo proponha uma dinâmica multidirecional, reflexiva e complexa da interpretação jurídica; e, terceiro, contemple o tema da legitimidade moral das Normas Jurídicas, como questão inerente e intrínseca ao direito.

Concluindo, com base no exposto por Orlando Luiz Zanon Júnior e no que fora defendido pela doutrina tradicional, são estas as Características Centrais do Positivismo Jurídico: separação, em sua essência, entre direito e moral; direito formado exclusivamente ou preponderantemente por regras jurídicas; prevalência do critério de validade formal em detrimento do material; aplicação da regra ao caso por meio da subsunção e utilização da discricionariedade judicial para a resolução dos casos difíceis.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa ora realizada tratou acerca das características centrais do Positivismo Jurídico, fazendo um apanhado dos paradigmas que regeram, ao longo da História, a Ciência Jurídica.

Inicialmente, abordou-se acerca dos conceitos de paradigma e de Ciência Jurídica, bem como se versou a respeito da proposição paradigmática do Jusnaturalismo. Ato contínuo, explanou-se sobre o Positivismo Jurídico, apontando posicionamentos e conceituações de diversos jusfilósofos acerca da matéria. Por fim, explicitou-se acerca das características centrais do Positivismo Jurídico, tendo por base, ante a maneira didática utilizada para o escólio do tema, a doutrina de Orlando Luiz Zanon Júnior.

Com a pesquisa realizada, foi possível registrar as seguintes peculiaridades do Positivismo Jurídico: separação, em sua essência, entre direito e moral; direito formado exclusivamente ou preponderantemente por regras jurídicas; prevalência do critério de validade formal em detrimento do material; aplicação da regra ao caso por meio da subsunção e utilização da discricionariedade judicial para a resolução dos casos difíceis.

Deste modo, ante a maneira didática empregada por Orlando Luiz Zanon Júnior em sua obra mestre, que também serviu de base para definir as peculiaridades do Positivismo Jurídico, e levando em conta os demais apontamentos doutrinários a respeito, constataram-se, de fato, as características centrais apontadas na hipótese inicialmente formulada.

Considerando os levantamentos bibliográficos realizados, pode-se constatar que esta pesquisa atingiu seu objetivo geral, identificando, com base na teoria edificada por Orlando Luiz Zanon Júnior e nos apontamentos doutrinários correlatos, as características gerais da concepção positivista do Direito.

Conclui-se, portanto, que o Positivismo Jurídico, proposição paradigmática que perdurou por muitos anos na seara jurídica, encontra-se em crise, necessitando de adequações ou, quiçá, de uma superação, a fim de que o pensamento jurídico seja renovado e a Justiça, enquanto fins a serem perseguidos pela Ciência Jurídica, seja, de fato, efetivada.

6 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *O problema da guerra e as vias da paz*. Tradução Álvaro Lorencini. São Paulo: Ed. Unesp, 2003. Título original: *Il problema della guerra e le vie della pace*.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Ari Marcelo Solon. Prefácio Celso Lafer. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.

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*. Tradução Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: *Taking rights seriously*.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanetti Júnior e Sérgio Cademartori. Apresentação José Luis Bolzan de Moraes e Alfredo Copetti Neto. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Título Original: *The concept of law*.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: *Reine Rechtslehre*.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2009. Título original: *The structure of scientific revolutions*.

PASOLD, César Luiz. *Ensaio sobre a ética de Norberto Bobbio*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

_____. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 13. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Reflexões sobre o jusnaturalismo: o direito como direito justo. *Revista Eletrônica Mensal do Curso de Direito da Unifacs*, Salvador, abr. 2007. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_abril2007/index.htm>. Acesso em: 8 fev. 2016.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. *Teoria complexa do direito*. 2 ed. rev ampl. Curitiba: Ed. Prismas, 2015.

Recebido em: 3/10/2016

Aceito em: 22/11/2016