

**O POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO:
DIREITO E AUTORIDADE**

Vinicius Azevedo Coelho*

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar, de forma crítica, os conceitos de direito e autoridade no contexto do positivismo jurídico contemporâneo e suas principais vertentes: o juspositivismo estrito e o juspositivismo ético. As bases do positivismo jurídico estrito foram construídas a partir da *Teoria pura do direito*, obra do jurista Hans Kelsen. Herbert Hart e Ronald Dworkin promovem, a partir dessa base, um caloroso debate metodológico a respeito de conceitos fundamentais do positivismo jurídico, com inestimáveis contribuições para o pensamento jurídico contemporâneo em teoria do direito. Por fim, no que tange ao juspositivismo ético, este artigo se debruça sobre as lições do filósofo Jürgen Habermas e a importância da linguagem e do agir comunicativo para a compreensão do fenômeno jurídico.

Palavras-chave: positivismo jurídico; *Teoria pura do direito*; autoridade.

1 Introdução

O positivismo jurídico surgiu rompendo com a tradição racionalista (de base kantiana) que até então prevalecia na teoria do direito. De acordo com o jusracionalismo, o direito era compreendido como produto da escolha racional feita pelos sujeitos para regular a sua convivência com outros sujeitos igualmente racionais. O direito era visto como fruto da razão e relacionava-se intimamente com a moral.

Com o advento do juspositivismo, a análise do fenômeno jurídico passa a ser compreendida como técnica de operação dos instrumentos jurídicos, reduzindo-se ao caráter normativo da reflexão sobre o direito.

De acordo com Mascaro (2013a, p. 313),

* Pós-graduando *Lato Sensu* em Filosofia e Teoria do Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas) e graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM).

[...] o juspositivismo, em termos quantitativos, é aquele que mais alcança a prática do jurista contemporâneo. A maioria dos profissionais do direito, pela limitação teórica, pela prática e pelas estruturas institucionais do direito contemporâneo, exerce um ofício cujo pensamento é adstrito às normas jurídicas do Estado.

O fundamento metodológico mais requisitado no positivismo jurídico contemporâneo é o da filosofia analítica, representada pelos teóricos do direito, como Hans Kelsen, Herbert Hart, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, entre outros. Reduzindo o direito à norma, a teoria juspositivista pode ser considerada como *analítica reducionista*.

É importante chamar a atenção para o fato de que o juspositivismo é uma doutrina de posição política conservadora, ainda que em diferentes matizes de conservadorismo. O pensamento jurídico positivista não dialoga efetivamente com a realidade social. Para os pensadores juspositivistas, o fenômeno jurídico se limita à técnica jurídica.

Dois correntes se vinculam com maior destaque ao juspositivismo contemporâneo: o *juspositivismo estrito* e o *juspositivismo ético*, e sua compreensão se dá a partir de quão vinculadas são à técnica normativa estatal, seja total, seja parcialmente.

2 O juspositivismo estrito

O pensamento juspositivista, durante o século XX, tendeu rapidamente à plenificação da técnica. Trata-se da identificação estrita do fenômeno do direito à forma estatal.

Nesse sentido, diz Mascaro (2013b, p. 54):

[...] no século XX, os valores estáveis que orientavam o conteúdo do direito burguês no século XIX começaram a esmorecer. O liberalismo econômico não é mais o esteio necessário para a reprodução da exploração capitalista. O intervencionismo estatal ganha corpo, tanto no nível econômico quanto no nível de uma reengenharia social. O período das grandes guerras demanda distintos temários jurídicos conforme as circunstâncias. Num quadro no qual não há mais lastro estável para o direito positivo no que tange ao conteúdo, resta então explícito que os Estados nacionais se assentam apenas sobre a forma normativa. O século XX conhece e desenvolve, então, uma percepção de juspositivismo pleno. Trata-se da identificação estrita do fenômeno do direito à forma estatal.

O juspositivismo estrito encontra na *Teoria pura do direito*, de Hans Kelsen (2012), seu apogeu. Kelsen (2012) procede a um reducionismo do fenômeno jurídico em termos teóricos. Para ele, somente a norma jurídica estatal identifica o direito.

O caminho mais avançado do positivismo estrito se verifica, a partir da metade do século XX, com o chamado giro linguístico na filosofia e na teoria do direito. As questões da linguagem convertem, então, o pensamento jurídico em uma espécie de lógica normativa.

A analítica é o método que identifica o juspositivismo estrito contemporâneo. Herbert Hart (2012) é um pensador bastante influente dentro desse contexto. Para Hart (2012), há uma necessidade de compreender a analítica do juspositivismo a partir de quadrantes realistas. A ciência do direito se revela como algo mais próximo da realidade dos tribunais do que da mera logicidade especulativa das normas. Para o pensador, as normas devem ser entendidas de modo analítico, reduzidas ao seu contexto institucional e estatal, mas a partir de um fundo realista.

2.1 Kelsen e a *Teoria pura do direito*

A teoria do direito de Hans Kelsen (2012) representa o auge da construção do modelo juspositivista, que, lastreado na operacionalização das normas estatais, fez da prática jurídica uma técnica que se reputou universal. A principal obra de Kelsen é a *Teoria pura do direito*, “que se consolidou como a tentativa de construir um conhecimento jurídico baseado não no ser, mas no dever-ser, numa derivação técnico-lógica das normas jurídicas sem o seu cotejamento com a realidade” (MASCARO, 2013a, p. 338).

Dirá Kelsen (2012, p. 1) na *Teoria pura do direito*:

A *Teoria Pura do Direito* é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. [...] De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.

A teoria pura do direito é a postulação da própria cientificidade do direito. É puramente normativa e técnica: “O fato é considerado cientificamente para o direito enquanto iluminado por um sentido normativo” (MASCARO, 2013a, p. 342).

Kelsen (2012, p. 1) descreve seu propósito de pureza na abertura de sua obra:

[...] há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto.

Para sustentar a viabilidade de sua teoria pura do direito, Kelsen (2012) afirma que não existe uma ordem moral absoluta, mas sim várias morais (pluralismo moral). Diferentes culturas sustentam diferentes ordens morais e muitas vezes são incompatíveis entre si. Portanto, a moral não deve ser um critério a identificar o que é direito.

Kelsen (2012, p. 72) justifica a desnecessidade de confluência entre norma e valores nos seguintes termos:

Se, do ponto de vista de um conhecimento científico, se rejeita o suposto de valores absolutos em geral e de um valor moral absoluto em particular [...] e se aceita que não há uma Moral absoluta, que seja única e válida; [...] se se concede que em diversas épocas, nos diferentes povos e até no mesmo povo dentro das diferentes categorias, classes e profissões valem sistemas morais muito diferentes e contraditórios entre si, que em diferentes circunstâncias pode ser diferente o que se toma como bom ou mau, justo e injusto e nada há que tenha de ser havido por necessariamente bom ou mau, justo ou injusto em todas as possíveis circunstâncias, que apenas há valores morais relativos – então a afirmação de que as normas sociais devem ter um conteúdo moral, devem ser justas, para poderem ser consideradas como Direito, apenas pode significar que estas normas devem conter algo que seja comum a todos os sistemas de Moral enquanto sistemas de Justiça. Em vista, porém, da grande diversidade daquilo que os homens efetivamente consideram como bom ou mau, justo ou injusto, em diferentes épocas e nos diferentes lugares, não se pode determinar qualquer elemento comum aos conteúdos diferentes ordens morais.

Como se nota, com o objetivo de assentar o caráter científico, o juspositivismo trilhou o caminho de uma neutralidade axiológica excessivamente reducionista de um ideal de direito. Para o positivismo, a noção de justiça decorre da regulação. Ou seja, justo é aquilo que está na lei.

Kelsen (2012) defende que o direito pode ser moral, mas não tem necessariamente de o ser. Kelsen (2012, p. 71) distingue a moral do direito pelo fato de o primeiro ser dotado de um caráter coativo:

O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física.

Em sua teoria, Kelsen (2012) separa a manifestação bruta do direito, como fenômeno social, do entendimento científico que se possa fazer a respeito dessa manifestação. Para Kelsen (2012), direito e ciência do direito são coisas distintas. A proposta kelseniana reside numa ciência normativa, isto é, do *dever-ser*. O direito não é analisado pelo campo de sua manifestação concreta, como *ser*. O que ele é, em termos factuais concretos, pode ser uma reflexão da sociologia ou da filosofia,

mas não da ciência do direito. Tal ciência alcança o âmago normativo do direito e se limita a ele.

Para Mascaro (2013a, p. 345), “o resultado desse método analítico kelseniano é uma profunda objetividade, mas também um profundo desgarramento das manifestações da totalidade social”.

2.2 Ordem normativa e coativa: direito e autoridade

De acordo com Kelsen (2012), o direito é uma ordem normativa coativa: isso significa que o direito é formado por uma multiplicidade de normas que se organizam em diferentes escalões normativos. A norma inferior retira sua validade em uma norma situada em um escalão superior, e assim sucessivamente, até se chegar à norma fundamental.

Sobre a hierarquia das normas, ensina o professor Alysso Leandro Mascaro (2013a, p. 350):

Kelsen compreende a pluralidade das normas jurídicas em termos de um ordenamento, o que acarreta, necessariamente, a questão de sua coerência. As normas jurídicas são plurais e abundantes dentro de um Estado. Muitas vezes, são contraditórias. No entanto, para Kelsen, a ciência do direito somente pode ser pensada a partir de uma construção escalonada do ordenamento jurídico, que estabelece patamares tendo por base a hierarquia das normas. No ordenamento jurídico, as normas não se encontram esparsas, sem logicidade: pelo contrário, elas estão estruturadas a partir de uma hierarquia. Na base dessa hierarquia, há normas individualizadas: sentenças ou portarias, por exemplo. Em escalões mais altos, há normas de outros níveis hierárquicos mais determinantes, como as leis. No último escalão, há as normas constitucionais. Pode-se fazer a imagem de uma pirâmide para tal ordenamento jurídico.

Assim, a ordem normativa do direito se estrutura numa pirâmide. A norma fundamental não é uma norma posta por ato de mera vontade, mas sim uma norma pressuposta: a Constituição. Kelsen (1986, p. 328), posteriormente, abandona a concepção de que a norma fundamental seria um pressuposto do pensamento científico do jurista e passa a tratar a norma fundamental como mera ficção:

A norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas [...] não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado. Como tal, ela é uma pura ou “verdadeira” ficção. [...] É de se observar que a norma fundamental não é hipótese – como eu mesmo, acidentalmente, a qualifiquei –, e sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada pela consciência ou, então, deve ser acompanhada, porque a ela não corresponde à realidade.

A estrutura do ordenamento jurídico se concretiza, ainda, por meio da validade das normas. A validade é a qualidade da norma que revela sua adequação formal

e material ao ordenamento. De acordo com Kelsen (2012), as normas são postas por um ato de vontade humano, que se dirige à conduta de outras pessoas para estabelecer como elas devem agir, definindo que certos comportamentos são proibidos, permitidos ou ordenados. Esse ato pressupõe que aquele que emite a vontade normativa tenha competência para tal. Nesse ponto, Kelsen (2012, p. 221-223) define o conceito de autoridade:

As normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas através de um ato especial de criação. São normas postas, quer dizer, positivas, elementos de uma ordem positiva. [...] Se se pergunta pelo fundamento de validade de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir na recondução à norma fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental. [...] Dado que o fundamento de validade de uma norma somente pode ser uma outra norma, este pressuposto tem de ser uma norma: não uma norma posta por uma autoridade jurídica, mas uma norma pressuposta, quer dizer, uma norma que é pressuposta sempre que o sentido subjetivo dos fatos geradores de normas postas de conformidade com a Constituição é interpretado como o seu sentido objetivo.

Para Kelsen (2012), o que diferencia o direito de outras ordens sociais é seu caráter coativo. O direito reage ao comportamento contrário a ele, de modo a impor, ainda que contra a vontade do destinatário, um mal àquele que o viola.

2.3 A interpretação kelseniana

Diz Kelsen (2012, p. 387) a respeito da interpretação: “Quando o direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do direito”.

A necessidade da interpretação, para Kelsen (2012), está no fato de o sistema das normas deixar várias possibilidades em aberto para a decisão.

Na teoria kelseniana, a norma jurídica é uma espécie de moldura, dentro da qual inúmeros significados possíveis coexistem, e a tarefa da autoridade que aplica o direito consiste na escolha de um significado contido dentro da moldura da norma para a criação de uma norma jurídica inferior.

Kelsen (2012, p. 388) explica que

A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação. Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem de livre apreciação, de forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais

pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer.

A interpretação das normas jurídicas não é um processo de extração da sua verdade lógica. No sistema jurídico, impera a interpretação que a autoridade competente tenha dado e que, portanto, vincula os sujeitos e fatos. Trata-se, no dizer de Kelsen (2012), da interpretação *autêntica*. Qualquer outra interpretação da norma que não seja a da autoridade competente é uma interpretação *não autêntica*, isto é, doutrinária.

Existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do direito pelo órgão que o aplica e a interpretação do direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica (KELSEN, 2012, p. 388).

2.4 Direito e autoridade na concepção de Herbert Hart

O juspositivismo estrito, embora tendo em Kelsen seu principal nome, não se refere apenas a ele. Alf Ross, Herbert Hart e Norberto Bobbio são alguns dos mais exemplares juspositivistas estritos do século XX. A concepção de Hart a respeito do direito e da autoridade chama a atenção nesse momento.

Herbert Hart (2012), em *O conceito de direito*, apresenta sua teoria social do direito, causando certa mutação no âmbito do positivismo jurídico, porém sem alterar seus alicerces.

Hart (2012, p. 309), no esteio de Kelsen, tem por objetivo primordial desenvolver uma teoria do direito que seja geral e descritiva:

Geral no sentido de que não se vincula a nenhum sistema jurídico ou cultura jurídica específicos, mas busca fornecer uma descrição explicativa e elucidativa do direito como instituição social e política complexa, dotada de um aspecto regulatório. Descritiva no sentido de que é moralmente neutra e não tem fins de justificativa: não busca justificar, com base em fundamentos morais, ou recomendar formas e estruturas.

De acordo com a teoria hartiana, o direito pode ser analisado por duas perspectivas: a interna e a externa. Do ponto de vista *interno*, são as asserções levadas a efeito pelas pessoas, no sentido de que estão submissas às regras, como membros do grupo social que as aceitam e as utilizam como padrões de conduta. Do ponto de vista *externo*, são as afirmações de algum observador que não faz parte do corpo social disciplinado pelas regras.

Hart (2012, p. 115) explica que

[...] as afirmações feitas a partir do ponto de vista externo podem ser, elas próprias, de diversos tipos. O observador pode, sem aceitar ele próprio as normas, afirmar que o grupo as aceita e, assim, se referir do exterior à forma como o grupo se relaciona com

elas a partir do ponto de vista interno. Mas, quaisquer que sejam as normas, podemos ocupar a posição de um observador que sequer se refere desta maneira ao ponto de vista interno do grupo. Tal observador se contenta em registrar as regularidades do comportamento observável nas quais consiste parcialmente a obediência às normas, aos desvios ou infrações das normas. [...] Esse conhecimento pode não só revelar muita coisa sobre o grupo, mas poderia capacitar o observador a viver entre eles evitando as consequências desagradáveis que acometeriam alguém que tentasse fazê-lo sem a mesma compreensão.

Hart (2012) exemplifica as diferenças entre os dois pontos de vista comparando a atitude de motoristas diante de um semáforo: os motoristas, em geral, conhecem as regras de trânsito, aceitam-nas e agem de acordo com elas. Esse seria o ponto de vista interno. Por sua vez, o ponto de vista externo seria explicado com a presença de um observador que não conhece as regras de trânsito. O ponto de vista externo pode se dar de duas maneiras: ponto de vista extremo externo, no qual o observador apenas registra a esfera do “ser”, ou seja, o comportamento dos motoristas, não compreendendo a esfera do “dever ser”, quer dizer, as próprias regras de trânsito. Há, ainda, o ponto de vista conhecido por externo moderado: além de verificar a conduta, o observador adentra na sociedade para compreender o porquê de os motoristas pararem diante do sinal vermelho. Percebe-se, nesse ponto, a relação da conduta (parar diante do sinal vermelho) com o entendimento da regra de trânsito.

Além disso, o direito, na teoria de Hart (2012), é fundamentalmente a união das regras primárias com as regras secundárias. As regras primárias são aquelas responsáveis pela imposição das obrigações, dos deveres e dos direitos. São as regras que importam para o cidadão que convive dentro de uma sociedade controlada pelo direito. As regras secundárias, por sua vez, são as responsáveis por transformar esse mero conjunto de padrões em um verdadeiro sistema jurídico, para permitir que as regras primárias sejam dotadas de validade e autoridade jurídica.

Assim, pode-se dizer que todas as normas secundárias se situam num nível diferente daquele das normas primárias, pois versam todas sobre essas normas; isto é, enquanto as normas primárias dizem respeito a atos que os indivíduos devem ou não devem praticar, todas as normas secundárias se referem às próprias normas primárias. Especificam como as normas primárias podem ser determinadas, introduzidas, eliminadas e alteradas de forma conclusiva, e como estabelecer conclusivamente o fato de terem sido transgredidas (HART, 2012).

É importante considerar que as leis são aceitas pela sociedade e são reconhecidas como válidas a partir de uma autoridade como instituição.

Para Hart (2012), uma regra se tornará obrigatória e juridicamente vinculante quando ela se manifestar com autoridade. Hart (2012) oferece duas fontes para a autoridade das leis: ou a regra possui autoridade porque é aceita pela sociedade ou porque ela foi criada conforme um processo adequado que lhe dá validade de direito.

Nesse sentido, a autoridade de uma regra primária advém da sua simples aceitação como um padrão que impõe uma obrigação. Aceita-se, a partir de um

ponto de vista interno, que aquela regra tem autoridade para criar um dever. Já no caso da regra secundária, sua autoridade está na conformidade procedimental de validade jurídica e reconhecimento dentro do ordenamento.

3 O juspositivismo ético

Após a Segunda Guerra Mundial, há um desgaste da análise puramente científica do direito que se baseie somente na forma normativa, não considerando as questões do seu conteúdo. A preocupação com questões éticas no direito passa a aumentar, principalmente dentro das sociedades capitalistas ocidentais liberais e de bem-estar social, que identificam no direito positivo alguns conteúdos que possam ser considerados éticos.

Assim diz Mascaro (2013b, p. 59) a respeito da inserção ética no juspositivismo

[...] na postulação ética de algumas correntes jurídicas contemporâneas, determinados instrumentais jurídicos permitem a fala livre, a comunicação, a expressão de vontades, a democracia, a cidadania, e, daí, o trabalho do direito positivo deve tanto considerar as normas jurídicas no plano formal como também no seu conteúdo. Devido ao fato de que as sociedades do capitalismo contemporâneo assentam seu direito em estruturas que apontam para padrões normativos principiológicos, esse tipo de juspositivismo começa a aumentar o peso da valoração dos princípios. A partir desse horizonte de valores expresso nas normas jurídicas reputa-se à ética que encontram no direito positivo a possibilidade de construção da democracia contemporânea.

O juspositivismo ético se resume à busca de padrões historicamente construídos em benefício de certas convenções sociais mínimas. Jürgen Habermas é o mais importante filósofo do direito a partir de princípios éticos extraídos do consenso social.

No campo da teoria do direito, Ronald Dworkin é um dos principais nomes a tratar do juspositivismo ético.

As abordagens propostas por esses dois pensadores são de extrema relevância para a compreensão do juspositivismo contemporâneo. Porém, é importante esclarecer que, mesmo tendo os juspositivistas éticos se afastado do juspositivismo estrito, ainda assim são juspositivistas, na medida em que enxergam exatamente nas mesmas estruturas jurídicas contemporâneas os valores a serem construídos e preservados socialmente.

3.1 O direito em Dworkin: oposição à teoria hartiana

Ronald Dworkin (1999) se contrapõe à teoria hartiana do direito, dando origem a um dos principais debates contemporâneos na teoria do direito.

Dworkin (1999) pretende romper com as bases do positivismo jurídico, inaugurando o chamado pós-positivismo¹. Em sua teoria, Dworkin (1999) nega a viabilidade

¹ O termo pressupõe a superação do positivismo, que não é o que ocorre na realidade, na medida em que Dworkin (1999) ainda mantém suas referências no nível normativo estatal, sendo pois ainda juspositivista.

do empreendimento hartiano de uma descrição neutra do fenômeno jurídico. Na compreensão dworkiana, a descrição positivista se equivoca ao pressupor a existência de convenções sociais como o único fator para o surgimento das regras sociais. O direito, nessa concepção, se organizaria em torno das opções políticas feitas – identificar o direito aplicável ao caso concreto se tornaria uma questão histórica – que, por serem de conhecimento geral dos aplicadores e técnicos do direito, não poderiam gerar divergências genuínas. Por esse raciocínio, as divergências teóricas seriam apenas frutos da ausência de convenções sociais prévias, mal-entendidos, ignorância ou favorecimento de posicionamento pessoais em detrimento do verdadeiro direito.

A proposta dworkiana como um todo pode ser compreendida como um esforço de superação de duas tradições concorrentes, o positivismo jurídico (*convencionalismo*) e o realismo jurídico (*pragmatismo*), mediante a afirmação da possibilidade de se chegar a uma *resposta correta* nos casos judiciais e, em contraposição, negando a existência de um espaço discricionário para tomadas de decisões judiciais.

Para Dworkin (1999), Hart ignora o fato de que o direito é composto tanto por regras como por princípios. Sendo o direito um conceito interpretativo, a argumentação jurídica se encontra na melhor interpretação moral das práticas sociais. As proposições de direito são verdadeiras se decorrem de princípios que estejam de acordo com a história institucional e que ofereçam a melhor justificação moral.

A teoria dworkiana busca consolidar um modelo de comunidade cujos membros aceitem ser governados pelos mesmos princípios. Os princípios são criados pela história e moralidade política da sociedade. São direitos fundamentais inerentes a todos. Para que isso seja possível, Dworkin (1999) aplica ao direito o conceito de integridade, que vai permitir, por meio da atividade judicativa, que os princípios se consolidem em um sistema ao longo do tempo.

A principal divergência entre Dworkin e Hart é no campo da relação entre o direito e a moral. Para Hart (2012), a moral confere apenas sentido ao direito e de forma alguma condiciona a sua validade. Em outras palavras, uma norma que seja moralmente injusta não implica a sua invalidade. Isso significa que o direito não é justificado moralmente. Para Dworkin (1999), o argumento jurídico é inteiramente moral, ou seja, o direito é justificado e identificado moralmente, pois existe uma inseparabilidade entre direito e moral, e isso implica a eventual exclusão de uma norma injusta do ordenamento jurídico. Nessa diferença pontual do pensamento dworkiano em relação ao hartiano, podem-se verificar, claramente, a posição estrita do positivismo de Hart e uma abertura mais ética do pós-positivismo de Dworkin, ainda que este não rompa com as bases do juspositivismo.

3.2 Habermas: direito, linguagem e o agir comunicativo

O alemão Jürgen Habermas é considerado um dos mais importantes filósofos da atualidade. Sua obra oferece modelos de ação política concretos na realidade social.

Habermas promoveu uma virada linguística no seu pensamento a respeito do direito, deixando de lado suas origens marxistas. O resultado dessa virada linguística é a construção da teoria do agir comunicativo. Mascaro (2013a, p. 359) diz que,

[...] para Habermas, o fundamento da sociabilidade reside na comunicação, e, portanto, os problemas maiores da filosofia hão de se dirigir à questão do entendimento entre os indivíduos e grupos sociais. O consenso passa a ser o objeto maior do projeto político habermasiano. O direito, nesse quadro, resultará como ferramenta superior do consenso.

O direito tem importância fundamental na teoria de Habermas porque, para ele, o direito é o garantidor da democracia, da liberdade e da interação igualitária entre os sujeitos e a sociedade.

Habermas se diferencia do juspositivismo estrito por propor uma leitura do direito a partir de uma teoria comunicacional com alguma interação ética. Diz Habermas (1997, p. 23):

Apoiada no princípio do discurso, a teoria do direito precisa sair dos trilhos convencionais da filosofia política e do direito, mesmo que continue assimilando seus questionamentos. [...] Procuo atingir um duplo fim: esclarecer por que a teoria do agir comunicativo concede um valor posicional central à categoria do direito e por que ela mesma forma, por seu turno, um contexto apropriado para uma teoria do direito apoiada nos princípios do discurso.

A proposta de Habermas (1997) se configura, então, como a mais profunda expressão do juspositivismo ético, porque permite a ética na medida em que sua construção e sua utilização se dão por meio de um espaço de interação comunicacional. Assim sendo, a norma não produz a ética, mas o procedimento geral de interação da sociedade com o direito que permite a eticização da vida social contemporânea (MAIA, 2008, p. 8).

O direito se relaciona diretamente com o plano ético-moral, porém não é subordinado à moral: vive em esfera própria, por meio dos seus procedimentos, mas comunica-se com o campo ético. Orlando Villas Boas Filho (2008, p. 84) afirma que:

Habermas exclui a possibilidade de uma fundamentação do direito pela moral. A partir de um amplo tratamento da relação entre moral e direito, Habermas ressalta que tal relação não pode ser de fundamentação, mas sim de complementaridade do direito em relação à moral. [...] A legitimação do direito aparecerá como a expressão do processo racional de formação da opinião e da vontade.

É na interação entre o direito e a sociedade que as estruturas jurídicas são geradas e sustentadas e, por sua vez, asseguram e criam novas interações sociais. Sendo assim, Habermas busca escapar a uma visão juspositivista tecnicista, investindo, no direito, uma dúplici interação social (MASCARO, 2013a, p. 370).

O que traz legitimidade ao resultado das deliberações não é a ligação da autodeterminação pública com uma noção de bem comum, mas, antes, o fato de que podemos pressupor que os resultados desse processo puderam ser mais ou menos racionais, uma vez que foram conforme o procedimento. Também não é a neutralidade absoluta de princípios de justiça, almejada pelos liberais, que garante a aceitabilidade racional dessas decisões, mas a imparcialidade do procedimento discursivo ante noções mais substantivas da vida boa, o qual reconstrói somente a atividade intersubjetiva de autodeterminação racional.

Dessa forma, a racionalidade se apresenta como abertura do consenso. Habermas aposta em mais direito, numa interação democrática e ética do direito com a sociedade, como forma de alcançar o melhor, driblando os conflitos do mundo a partir do consenso.

4 Conclusão

Este artigo buscou apresentar, mediante uma postura crítica, o positivismo jurídico nas suas principais vertentes contemporâneas: o juspositivismo estrito e o juspositivismo ético.

O juspositivismo estrito foi estudado com base no pensamento de Hans Kelsen e Herbert Hart. A teoria do direito de Kelsen tornou-se a mais canônica construção do tecnicismo do positivismo jurídico. Trata-se de uma construção tendente ao esvaziamento do ser, da realidade, e, por isso, sua pretensão à universalidade formal, fora da história e imune aos impulsos e às contradições sociais. Sua objetividade, que fez sua quase unanimidade entre os juristas práticos, é a sua máxima virtude extraída de sua máxima fraqueza. A teoria pura kelseniana não reflete o todo do direito em relação à totalidade social. A teoria de Hart, por sua vez, foi criticada por Dworkin, que a considerou como um modelo insuficiente para descrever a realidade jurídica, já que seu critério de demarcação, pautado por uma regra de reconhecimento e pela certeza consensual dos direitos, deixa muitos elementos jurídicos de fora do sistema de regras primárias e secundárias.

Já em relação ao juspositivismo ético, mesmo este tendo se afastado do juspositivismo estrito, sua corrente de pensadores (representada neste artigo por Dworkin e Habermas) ainda é juspositivista, na medida em que enxerga exatamente nas mesmas estruturas jurídicas contemporâneas os valores a serem construídos e preservados na sociedade. O juspositivismo ético não afasta a ordem estatal, não afasta a estrutura técnica do direito positivo e não propõe alterações substanciais na sociedade, apenas aponta para alguns horizontes éticos mínimos que a ordem jurídica deve construir e manter. Conforme conclui Mascaro (2013b), ao abandonar os conflitos sociais de sua reflexão, o juspositivismo ético se configura como uma doutrina confortável ao horizonte de justiça social proposta pelo neoliberalismo, sem tentar entender as causas estruturais das contradições sociais.

LEGAL POSITIVISM CONTEMPORARY: RIGHT AND AUTHORITY

Abstract: This article aims to analyze the concepts of law and authority in the context of contemporary legal positivism and its main components: the strict positivism and ethical juspositivism. The basis of strict legal positivism were built from the *Pure theory of law*, the work of the jurist Hans Kelsen. Herbert Hart and Ronald Dworkin promote, from this base, a warm methodological debate about fundamental concepts of legal positivism, with invaluable contributions to the contemporary legal thinking on legal theory. Finally, regarding the ethical juspositivism, this article focuses on the lessons of the philosopher Jürgen Habermas and the importance of language and communicative action for understanding the phenomenon of law.

Keywords: legal positivism; *Pure theory of law*; authority.

Referências

- DWORKIN, R. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- KELSEN, H. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1986.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- MAIA, A. C. *Jürgen Habermas: filósofo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MASCARO, A. L. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2013a.
- MASCARO, A. L. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2013b.
- VILLAS BOAS FILHO, O. *Legalidade e legitimidade no pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008.