



**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E  
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Ana Maria Garcia  
RG: 4547096  
CPF: 094318849-09  
Matrícula: 12205442  
Título do TCC: Crise do Positivismo Jurídico?  
Orientador(a): Dr<sup>a</sup> Jeanine Nicolazzi Philippi

Eu, nome do aluno , acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 08 de mês de 2016.



---

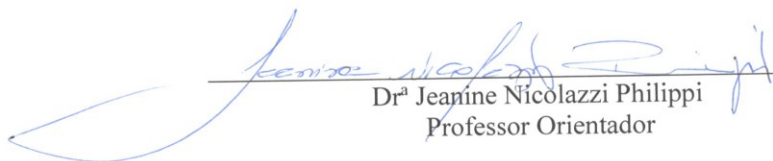
Ana Maria Garcia

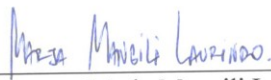
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

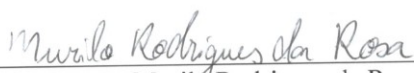
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Crise do Positivismo Jurídico?”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “Ana Maria Garcia”, defendido em 08/07/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,5 (nove e cinco), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 08 de julho de 2016

  
Drª Jeanine Nicolazzi Philippi  
Professor Orientador

  
Marja Mangili Laurindo  
Membro de Banca

  
Murilo Rodrigues da Rosa  
Membro de Banca

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**ANA MARIA GARCIA**

**CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO?**

**FLORIANÓPOLIS**

**2016**

Ana Maria Garcia

## **CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO?**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Graduação em  
Direito da Universidade Federal de Santa  
Catarina como requisito para colação de  
grau.

**Orientadora:** prof. Dra. Jeanine  
Nicolazzi Phillippi.

Florianópolis

2016

*A todos aqueles que de alguma forma fizeram parte da minha graduação.*

GARCIA, Ana Maria. **Crise do Positivismo jurídico?** 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito – Área: Teoria do direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis.

## RESUMO

Esta monografia tem o objetivo de proporcionar uma reflexão sobre os impactos da nova configuração neoliberal de escala mundial sobre o positivismo jurídico. O crescimento econômico restringido ao âmbito meramente nacional é impensável diante deste novo cenário que se apresentou. Um novo eixo do mundo é nítido em meados do século XX: o mercado. Por consequência, o positivismo jurídico, como teoria do direito, passou a ser deslegitimado principalmente pelas teorias autodominadas pós-positivistas, pois os pressupostos como hierarquia normativa, poder constituinte e separação entre direito e moral se tornaram incompatíveis com as demandas do paradigma econômico neoliberal.

Palavras-chave: Estado moderno, ideologia, teoria do direito, positivismo jurídico, neoliberalismo, pós-positivismo.

## **ABSTRACT**

This paper aims to provide a reflection on the impact of the new neoliberal configuration worldwide on legal positivism. Economic growth restricted to purely domestic is unthinkable before this new scenario that presented itself. A new axis of the world is clear in the mid-twentieth century: the market. Consequently, the legal positivism as a theory of law, has become delegitimized mainly by post-positivist theories as the assumptions as normative hierarchy, constituent power and separation between law and morality have become incompatible with the demands of neoliberal economic paradigm.

Keywords: modern state, ideology, law theory, legal positivism, neo-liberalism, post-positivism.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 CONTEXTO POLÍTICO-ECONOMICO DO POSITIVISMO JURÍDICO: ESTADO MODERNO .....</b>	<b>11</b>
1.1 A Inglaterra no porvir da Revolução Gloriosa .....	11
1.2 A reformulação da propriedade .....	12
1.3 A inserção do contrato na vida social.....	15
1.3.1 O contrato nas relações privadas .....	15
1.3.2 O contrato na esfera pública: a justificativa do Estado .....	16
1.3.2.1 Thomas Hobbes .....	16
1.3.2.2 John Locke .....	20
1.3.2.3 A contribuição francesa: Jean Jaques-Rousseau.....	22
1.4 Ideologia moderna e a teoria do direito.....	28
<b>2 POSITIVISMO JURIDICO.....</b>	<b>30</b>
2.1 A necessidade da Teoria do Direito.....	30
2.2 Positivismo jurídico como teoria do direito.....	31
2.2.1 Positivismo jurídico latu sensu x Positivismo jurídico stricto sensu.....	31
2.3 Origens, definição e conceito de direito .....	32
2.4 Pontos fundamentais da teoria juspositiva .....	33
2.4.1 Abordagem avalorativa do direito .....	34
2.4.2 A coercibilidade do direito .....	34
2.4.3 Lei como fonte primária do direito .....	35
2.4.4 Teoria imperativa do direito.....	36
2.4.5 Teoria do ordenamento jurídico.....	36
2.5 A questão da moral.....	37
2.6 A questão da validade.....	39
2.6.1 Validade das normas jurídicas .....	39
2.6.2 Validade do ordenamento jurídico.....	40
2.7 A questão da legitimidade: o positivismo jurídico legitima o direito positivo?.....	40
2.8 A interpretação do direito.....	42
2.9 Positivismo jurídico: a manutenção das relações sociais vigentes.....	43
<b>3 A CRISE DO POSITIVISMO .....</b>	<b>45</b>
3.1 O novo eixo do mundo: o mercado.....	45



<b>3.2</b>	<b>As razões da virada neoliberal.....</b>	<b>48</b>
<b>3.3</b>	<b>Breves considerações sobre o direito na atual.....</b>	<b>50</b>
<b>3.4</b>	<b>A deslegitimação do positivismo jurídico e a ascensão de teorias flexibilizadoras (ou de abertura) do direito.....</b>	<b>51</b>
<b>3.5</b>	<b>As principais críticas ao positivismo jurídico.....</b>	<b>52</b>
<b>3.6</b>	<b>Consequências da adoção do pós-positivismo como teoria do direito.....</b>	<b>54</b>
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>57</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>62</b>

## INTRODUÇÃO

Diante das mudanças geopolíticas, econômicas, financeiras e políticas desencadeadas pelo neoliberalismo, uma nova configuração feroz do capitalismo, é imprescindível analisar o impacto desta no mundo jurídico e, especialmente, sua repercussão no positivismo jurídico como teoria do direito.

Sob essa justificativa, esta monografia tem o objetivo de proporcionar uma reflexão dos impactos da nova configuração neoliberal de escala mundial sobre o positivismo jurídico. Para o neoliberalismo, que demanda um sistema que acompanhe suas transações de mercado quase instantâneas, a norma deixa de ter importância fundamental e passa a ser deslegitimada. Por consequência, o positivismo jurídico tem sido alvo de críticas das teorias autodenominadas pós-positivistas, inseridas no contexto neoliberal.

Para construir esse raciocínio, este trabalho divide-se em três capítulos. Examinar-se-á, no primeiro capítulo, o contexto político e econômico que fez necessário o advento do positivismo jurídico como teoria do direito.

No segundo capítulo, tratar-se-á sobre as principais questões do positivismo jurídico (validade da norma, validade do ordenamento e separação entre direito e moral) como teoria do direito a partir das leituras de Hans Kelsen, Norberto Bobbio e Dimitri Dimoulis.

Por fim, no terceiro e último capítulo, verificar-se-á o contexto político e econômico neoliberal nas quais estão inseridas as teorias pós-positivistas e o consequente impacto desse momento econômico da humanidade sobre o positivismo jurídico.

O método de procedimento a ser utilizado neste trabalho será o monográfico. Já o método de abordagem da pesquisa será o dedutivo e a temática será desenvolvida pela técnica de documentação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica (publicações e livros).

## 1 CONTEXTO POLÍTICO-ECONOMICO DO POSITIVISMO JURÍDICO: ESTADO MODERNO

O Estado Moderno – e conseqüentemente a teoria do direito – foi produto de um processo social de luta de uma classe em ascendência desde o século XI, a classe burguesa. Durante este desenvolvimento, esta classe passou do *status* de revolucionária – início do século XI, com o desabrochar do comércio mercantil e as primeiras manifestações por redução de impostos feudais –<sup>1</sup> à classe dominante, solidificando-se com as Revoluções Inglesa e Francesa.

O Estado Moderno, como se verá, é forjado por velhas instituições (o contrato e a propriedade) e, principalmente, pela técnica do já conhecido Império Romano. Em outras palavras, o Estado Moderno nada mais é do que um novo regime que protege instituições já há muito conhecidas pela humanidade ocidental: o contrato e a propriedade. Para compreender o seu processo de formação, necessário assimilar as primeiras teorias que justificaram essa nova figura de Estado, as teorias contratualistas.

### 1.1 A Inglaterra no porvir da Revolução Gloriosa

As primeiras teorias contratualistas surgiram no século XVII na Inglaterra, tendo seus maiores expoentes em Thomas Hobbes e John Locke. Assim, para bem interpretá-los, necessário entender o que se passava em terras inglesas e como se davam as relações sociais e econômicas naquele período. De igual maneira, entender-se-á porque as ilhas britânicas foram pioneiras no estabelecimento do capitalismo industrial e berço da ideologia capitalista.<sup>2</sup>

Entre 1400 e 1600, o comércio como sistema de produção adquire importância política, o que demanda uma reformulação da utilização dos espaços e a criação de proteção jurídica para determinadas instituições. Nota-se não só uma mudança estrutural no modo de produção da Europa Ocidental (do feudal ao capitalista), mas uma substituição das relações pessoais de vassalagem e do *status* pessoal pela figura contratual, bem como uma nova função para a terra, que passou a ser uma mera mercadoria negociável; ou seja, entram em colapso certos

---

<sup>1</sup>LEVY, Madelein e R.; TIGAR Michael E. **O direito e a ascensão do capitalismo**/ tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, p.19.

<sup>2</sup> HUNT, E. K.; SHERMAN, H. J. **História do pensamento econômico**; tradução de Jaime Larry Benchimol. 25 ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 45.

pressupostos institucionais básicos vigentes,<sup>3</sup> que passam a não ter mais sentido de viger daquela forma. Para tanto, duas instituições tiveram de ser modificadas e reinventadas: a propriedade e o contrato.

Perceber-se-á que a destruição dos velhos valores da propriedade e do contrato nos moldes feudais e a inserção de uma nova ideologia acerca destas duas figuras foi determinante para posteriormente justificar o exercício de poder do Estado.

## 1.2 A reformulação da propriedade

A função da propriedade no sistema feudal – o que incluía o inglês – tinha dupla faceta. De um lado, o vassalo tomava posse da terra e a conservava em nome do senhor, podendo cultivá-la para própria subsistência. A posse desse pedaço de terra podia ser, inclusive, herdado pelo filho do vassalo. Em contrapartida, o senhor tinha direito à defesa militar por parte dos vassalos, bem como à parte da colheita e impostos sobre tudo o que era produzido em suas terras. Um dos objetivos era que existisse uma pessoa “cujos bens podiam ser arrestados a fim de garantir a prestação de serviços.”<sup>4</sup>

Dessa forma, o conceito de propriedade e posse no modo de produção feudal tinha como principal característica a subsistência e uso comunitário. Uma gleba,<sup>5</sup> por exemplo, poderia ser usada por diversas pessoas em estações diferentes em benefício da comunidade.<sup>6</sup> Todavia, a ideia sobre propriedade e posse da classe dominante em ascensão contrastava diretamente com esse modo de ver feudal.

Para a burguesia, o instituto da propriedade, em sentido geral, se caracterizava como a relação de exclusividade entre uma pessoa e uma coisa garantida por uma norma legal que institui a chamada propriedade ou posse, bem como a individualidade e a separação de bens. Todos os deveres para com a propriedade sub-rogavam-se ao “direito de propriedade”, que passa a ter caráter fundamental,<sup>7</sup> após as justificações contratualistas.<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> LEVY, Madeleine R.; TIGAR, Michael E. Op. Cit, p. 186.

<sup>4</sup> Ibidem, p. 197.

<sup>5</sup> Pedaço de terra dado pelo suserano ao vassalo para fins de cultivo.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 198.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 198.

<sup>8</sup> Tanto Thomas Hobbes quanto John Locke consideravam fundamentais definir o “meu” e o “teu”.

Esses dois modos de lidar com o instituto – feudal e capitalista – desencadearam disputas levadas aos tribunais costumeiros (de tradição inicialmente feudal, mas que a partir do século XVII foi se modificando para favorecer o comércio), municipais e comerciais, criando tensões entre forças feudais e burguesas.

A crise dos senhores feudais em razão da limitação e escassez dos seus recursos, cada vez mais dependentes da riqueza produzida pelas cidades (a época, as cidades já tinham se tornado o *locus* do capitalismo mercantil), facilitou a compra das terras pertencentes aos nobres<sup>9</sup> pela burguesia, acelerando o processo de deslegitimação da visão feudal de propriedade. Assim, gradativamente, antigas terras senhoriais foram retiradas do sistema feudal e inseridas em um novo sistema.<sup>10</sup>

Na Inglaterra, essa reconfiguração e redistribuição da propriedade teve impactos abruptos e notáveis, chegando à qualidade de dramática. Sob o governo dos Tudor (1485-1603), especificamente no de Henrique VIII, houve uma reforma política, econômica e religiosa, que fugiu do paradigma da forma de governar da época. Quando o monarca Henrique VIII rompeu com a Igreja Católica Apostólica de Roma, não aceitando mais sua soberania como instituição religiosa, determinou o confisco de todas as terras que a Igreja possuía na Inglaterra. O impacto dessa medida rendeu ao controle real o monopólio da distribuição de terras<sup>11</sup> que, a custo disso e da contínua inserção das relações capitalistas no campo destruindo valores feudais, tornou a propriedade um bem de oferta limitada.

A consequência disso, a nova ideologia propagada era de que a natureza da terra não servia para comunidade, ao contrário, era um bem exclusivo. Nesse primeiro momento, a classe burguesa não tardou a aliar-se com a realeza, que lhe satisfazia os interesses confiscando a terras da Igreja, retirando-as do sistema feudal.

Os principais alvos do monarca Henrique VIII foram os mosteiros, sob o argumento de que essas casas se constituíam centros de pecado público, vida ociosa e carnal, onde se desperdiçava sem medida. Houve, naturalmente, revolta dos aldeãos contra as medidas de confiscos. No entanto, essas revoltas foram brutalmente reprimidas com uso da força pelo

---

<sup>9</sup>De uma mesma forma, o velho burguês, não podendo usufruir o status de nobre em razão da nascença, através do novo sistema se permitia comprar um título de nobreza, satisfazendo aspirações burguesas e principalmente, formando a consciência de classe.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 203.

<sup>11</sup> Segundo consta na obra “O direito e a ascensão do capitalismo”, Henrique VII no processo de confisco obteve em suas mãos um sexto das terras da Inglaterra.

governo real.<sup>12</sup> Sob esta justificativa, para o deleite da burguesia, centenas de glebas foram tomadas com o uso da força, devidamente chancelada pela monarquia.

Uma medida tomada por Henrique VIII foi determinante para o posterior desenvolvimento da Inglaterra como potência capitalista: após o confisco dos bens da Igreja, o monarca vendeu a maior parte dessas propriedades – a maioria se situava fora das cidades – para a classe burguesa,<sup>13</sup> aqueles que podiam comprá-las.<sup>14</sup> A partir desse momento, não só as propriedades passaram a ter fins mercantis, como também a ideia burguesa sobre terra começou a ser aplicada continuamente.

Os vassalos que ali trabalhavam tornaram-se assalariados contratados, fornecendo mão de obra necessária para a produção de mercadorias no comércio. Em outras palavras, as relações sociais se reconfiguraram e passaram a possuir um caráter econômico, e puderam, finalmente, ser estabelecidas, sendo legitimadas por medidas do monarca, pelos tribunais e, posteriormente, por uma teoria do estado e do direito.

A propriedade então passou a ser natural para aqueles que tinham os recursos de acesso a ela, o que não torna coincidência uma posterior ideologia jurídica do direito natural de propriedade. Este conjunto de ideias foi propagado e apoiado pela classe que passou a deter a propriedade ou estava no caminho para obtê-la, seja pela força ou pelo contrato. É bom lembrar que na época de Henrique VIII, “o Estado era reconhecidamente um instrumento, compartilhado pela Coroa e seus poderosos aliados, para esmagar a resistência a um novo sistema de relações sociais.”<sup>15</sup>

Basicamente, o que os contratualistas defendiam sobre a propriedade é que quem se apodera de uma gleba teria o poder legítimo para conservá-la. Eles teorizaram, como a seguir se verá, aquilo que seu contexto histórico-espacial demandava: o direito da propriedade protegido sob o berço do direito público.

Na Inglaterra a redistribuição de terras (fato determinante para o desenvolvimento do capitalismo industrial) foi realizada sob o regime da monarquia, naquele tempo aliada à burguesia, a maior beneficiada dessa medida. Mesmo assim, a forma de governo estritamente monárquica não tardou a sofrer prejuízos altos.

---

<sup>12</sup> Ibidem, p. 205.

<sup>13</sup> Segundo a obra *O Direito e Ascensão do Capitalismo*, o monarca Henrique VIII necessitava de financiamento para suas campanhas militares.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 205.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 208.

Em que pese Henrique VIII tenha promulgado pessoalmente leis sem convocar o parlamento – a esta altura composto pela burguesia – não conseguiu governar sem conceder a este vantagens e exigências (como por exemplo, o controle da tributação) que posteriormente se tornaram um dos mecanismos pelo qual a burguesia consolidou formalmente seu poder, na Revolução Inglesa.

### **1.3 A inserção do contrato na vida social**

No processo de transformação do modo de produção feudal para o capitalista, as obrigações calcadas no *status* social esvaziaram-se de sentido, sendo substituídas pela inserção do contrato, seja para o trabalho, para a venda ou mesmo para o casamento.

Os autores Michael E. Tigar e Madeleine Levy afirmam que um sistema de relações burguesas bem desenvolvido, como o que atingiu a Inglaterra por volta de 1800, possuía uma base contratual bem desenvolvida.<sup>16</sup> Além do mais, a própria natureza da propriedade, que não se reportava mais a uma relação de várias pessoas, mas a uma pessoa individualizada e a coisa, exigia a inserção do contrato.

Embora uma mudança social eficaz não se dê somente pela reforma do sistema jurídico, é indispensável, para a modificação adquirir caráter legítimo, a proteção jurídica das novas instituições as quais se quer dar valor. É dessa maneira que o poder se solidifica. No caso inglês, não foi por uma sofisticada teoria contratual que se garantiu uma mudança na ideologia social. Foram outras forças que consolidaram a mudança social na Inglaterra dos Tudor, tratou-se de uma “questão de poder, de apoderar-se de um sistema de produção e de dirigi-lo.”<sup>17</sup>

O processo inglês da inserção do contrato deu-se de duas formas: através do contrato na vida privada e do contrato na vida pública.

#### **1.3.1 O contrato nas relações privadas**

Desde que a burguesia tornou-se classe proprietária de terras, houve uma pressão muito forte para que os tribunais costumeiros – de predomínio ainda feudal no início do século XV –

---

<sup>16</sup> Ibidem, p. 211.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 212.

ampliassem sua interpretação, admitindo o direito mercantil, e conseqüentemente o contratual como direito costumeiro.<sup>18</sup> A interpretação dos tribunais deveria ir em direção à “justiça” e “consciência”, bases da teoria da equidade, lembrando a preocupação romana da boa fé contratual. E foi exatamente esse rumo que tomaram as mudanças da interpretação dos tribunais, dando proteção às formas burguesas de contrato, uma versão sofisticada do contrato romano. Tanto o foi que:<sup>19</sup>

[...] várias cortes especiais foram criadas também para julgar aspectos específicos da política econômica e da terra, nomeando-se para elas juizes treinados em direito civil. (Alegou-se mesmo, com certa justiça, que a Inglaterra quase adotou o direito romano com base da jurisprudência, como uma espécie de ordenamento final das mudanças que estavam sendo promovidas pelos monarcas Tudor).

Por corolário, aceitando-se a forma burguesa de contrato, abria-se o caminho para a adoção não só do contrato em si, mas de todos os elementos do direito contratual e, assim, os velhos campos passaram a produzir milho novo."<sup>20</sup>

Seja pela inserção formal ou pela força, a incorporação do contrato – e a assimilação deste instituto pelos advogados – foi condição necessária para o ponto culminante da vitória burguesa na Inglaterra: a Revolução Inglesa, conhecida por Revolução Gloriosa, pela qual essa classe, após apoiar a monarquia e ser bem servida por ela, conseguiu ascender como classe dominante.

## **1.3.2 O contrato na esfera pública: a justificativa do Estado**

### **1.3.2.1 Thomas Hobbes**

Na esfera da vida pública, o contrato serviu para justificar o exercício do poder pelo Estado, dentro do contexto social de solidificação do novo modo de produção e de governo na Inglaterra do século XVII. O Estado como função deveria manter exatamente aquele instituto do qual a burguesia tinha se apropriado – a propriedade – e Thomas Hobbes foi o primeiro dos contratualistas a teorizar tal questão.

---

<sup>18</sup> Ibidem, p. 217.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 221.

<sup>20</sup> Aceitava-se velhos princípios (os romanos) sob novas roupagens (as modernas).



Thomas Hobbes, tendo vivido em emblemático cenário do porvir da Revolução Inglesa, escreveu já na introdução da obra *O Leviatã*, publicada em 1651, que aos homens é possível fazer um animal artificial<sup>21</sup> a partir da instituição do contrato. É, como diz ele, uma arte dos homens.<sup>22</sup>

Para desenvolver sua teoria, Hobbes parte do pressuposto de que a natureza e não o divino fez todos os homens iguais.<sup>23</sup> Segundo ele, a natureza fez os homens tão iguais que a diferença entre um e outro não é suficiente para que qualquer um possa, com base nela, reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar. A natureza dos homens é tal que veem sua própria sabedoria de perto, não acreditando que haja tantos sábios quanto eles próprios, enquanto a sabedoria dos outros é vista a distância. Assim pensam todos os homens, mais uma prova de que são iguais, conclui Thomas Hobbes sobre a individualidade entre todos.<sup>24</sup>

Desta igualdade deriva a capacidade de todos os homens de terem esperança em atingir determinados fins. Por exemplo, se dois homens desejam a mesma coisa – a propriedade - que não pode ser usufruída ao mesmo tempo pelos dois,<sup>25</sup> eles se tornam inimigos, surgindo, então, a desconfiança. A par disso, os homens não tiram prazer nenhum da companhia um dos outros, exatamente porque o outro não vai atribuir a um o que este mesmo se atribui. Surgem, desse modo, as causas de discórdia: competição, desconfiança e glória. Por essas causas o autor acredita que os homens não nasceram para naturalmente viver em sociedade, sem um poder suficiente forte que limite suas paixões, como o egoísmo e o individualismo,<sup>26</sup> os quais são condições naturais de todos. Esta condição, que é chamada de condição natural dos homens à miséria por Hobbes,<sup>27</sup> é a guerra de todos os homens contra todos os homens, sendo a guerra não só o ato de combate, mas a tendência ao ato de combate. Hobbes defende que tudo o que é válido para a guerra é válido também para o tempo durante o qual os homens vivem sem outra

---

<sup>21</sup> O animal artificial (o Leviatã) é justamente o Estado. A ilustração da capa original da obra consiste na figura de um homem segurando uma espada em uma mão, representando a força, enquanto na outra segura um baco, instrumento utilizado pelos sacerdotes cristãos para apoiar-se, representando a soberania do Estado sob a Igreja. Abaixo deste homem, encontra-se o reino, acima dele, nada há.

<sup>22</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**/ tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 7.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 74.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 74

<sup>25</sup> Lembra-se da interpretação burguesa de que a propriedade já não tinha fins comunitários, mas fins exclusivos e individualizados.

<sup>26</sup> Ressalta-se como Hobbes desconstrói a noção de vivência comunitária natural do homem, ideologia predominante no regime feudal. Para ele, o homem é um ser egoísta e individualista.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 75.

segurança senão a que lhes pode ser oferecida por sua própria força e sua própria invenção, pois as pessoas detêm a própria autoridade soberana.<sup>28</sup>

A constatação do autor sobre a condição natural do homem é a tendência a uma vida solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta, ou seja, o indivíduo, isolado em si mesmo e sob sua própria autoridade soberana não tem condições de viver adequadamente. As consequências são catastróficas, na ótica hobbesiana:<sup>29</sup>

[...] nada pode ser injusto. As noções de bem e de mal, de justiça e injustiça, não podem aí ter lugar. Onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há injustiça. [...] Outra consequência da mesma condição e que não há propriedade, nem domínio, nem distinção entre o meu e o teu, só pertence a cada homem aquilo que ele é capaz de conseguir, e apenas enquanto for capaz de conservá-lo.

Percebe-se desse fragmento retirado do *Leviatã* que aquilo completamente desprezado por Hobbes é a falta de definição daquilo que é "meu e teu". Ou seja, a condição de guerra entre os homens – condição não benéfica segundo o autor – é exatamente a falta de reconhecimento da propriedade (o meu e o teu), algo impensável para o estágio de estabelecimento da classe agora proprietária de terras.

Esta propriedade, contudo, não se trata da propriedade de uso comunitário, de perspectiva feudal, mas da propriedade individualizada e pertencente a um sujeito individualizado, a propriedade no sentido burguês. E não havendo propriedade, ou reconhecimento daquilo que é meu e teu, o homem tem direito a todas as coisas. Sob esta condição, o homem não pode cuidar em paz e com segurança do seu próprio jardim. O Estado teria exatamente essa função de prover essa segurança.

A teoria do Estado de Hobbes, que serve à proteção da propriedade e à segurança de uma vida boa – o que inclui o cumprimento dos contratos, a própria justiça para Hobbes – surge a partir de um contrato. Um contrato<sup>30</sup> pelo qual cada sujeito, consigo mesmo (o beneficiário deste instrumento não é a outra parte do contrato) renuncia à liberdade de ter direito a tudo fazer

---

<sup>28</sup> Ibidem, p. 76.

<sup>29</sup> Ibidem, p. 77.

<sup>30</sup> Para Hobbes o contrato é uma transferência mútua de direitos.

em favor de um homem ou uma assembleia de homens, autorizando as suas ações.<sup>31</sup> A partir deste contrato institui-se um poder comum: o Estado,<sup>32</sup>

uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.

Ou, como o chama Hobbes, o grande Leviatã, o deus mortal a qual devemos nossa paz e defesa e que tem a legitimidade dada por todos através do pacto para usar o poder e a força. Somente este é legítimo para usar da força e da violência “Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz das vontades de todos eles.”<sup>33</sup>

Assim, a título de exemplo, se o Estado desapropria alguém, tem legitimidade para usar tal violência. Percebe-se que na sua teoria, Thomas Hobbes justifica aquilo que os monarcas Tudor (principalmente Henrique VIII e sua filha Elisabeth I) realizaram durante seu reinado.

A legitimidade do uso da força e da violência gera, conseqüentemente, a legitimidade para legislar, pois o Estado, através do contrato, tem o consentimento de todos para atuar, representando os próprios autores do consentimento. Somente é lei aquilo promovido por quem tem legitimidade para tal, ou seja, a quem corresponde a competência.

Em outras palavras, tudo aquilo que se conquista pela força, o modo de agir do Estado, o direito legaliza. O contrato nada mais é do que um instituto romano pelo qual Hobbes se apropriou para justificar a legitimidade das ações do Estado, que retira dos indivíduos o direito a todas as coisas. Este direito passa a ser do Estado.<sup>34</sup>

Assim, todo este poder, que acaba atraindo os que necessitam ser protegidos, de formar um Estado por meio do contrato, é o maior poder humano.<sup>35</sup> Não tardou muito para este modelo, teorizado por Thomas Hobbes, tornar-se um dos fundamentos do Estado Moderno e, posteriormente, de uma teoria monista do direito.

---

<sup>31</sup>Lembra-se que a leitura do Leviatã deve ir além de que se trata da doutrina do absolutismo, pois a teoria do Estado de Hobbes aplicar-se-ia para uma assembleia de homens.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 106.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 106.

<sup>34</sup> Desde que não aja contra o direito de conservação dos indivíduos.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 53.

### 1.3.2.2 John Locke

No século XVI, o reino dos Tudor expressava o desejo da burguesia, dando-lhes subsídios para se fortalecer como classe proprietária de terras e contribuindo para que sua ideologia se propagasse. Todavia, acontecimentos decorrentes de abuso de poder pelos monarcas Stuart no século XVII resultaram em conflitos entre estes e os interesses da burguesia, suficientemente forte para contrariar o sistema.

A grande diferença consiste que naquela época a burguesia já dominava a Câmara dos Comuns, órgão do Parlamento inglês. Os conflitos entre ambos assumiam aspectos religiosos, jurídicos, políticos, mas, sobretudo, econômicos: o poder real, que outrora contribuía com o ideal burguês, agora impedia o exercício da plena liberdade pela classe burguesa.

Em 1689, o Parlamento triunfa sobre o governo estritamente monárquico, nomeando Guilherme de Orange como monarca, mas sob restrições governamentais dos parlamentares. Este ato simboliza quem detinha o poder e por quais ideias este sistema iria justificar-se: liberdade e propriedade.

Liberdade e propriedade eram exatamente as palavras consolidadas pela ideologia jurídica burguesa do século XVI, conjunto de ideias carro-chefe do sistema capitalista e conseqüentemente, das posteriores escolas do pensamento jurídico ocidental. A teoria de John Locke vem solidificar essas ideias.

Embora possa ser considerado contratualista, pois defende a formação do Estado através de um contrato assim como Thomas Hobbes, Locke já se diferencia do último quando alerta a distinção entre o estado de natureza e o estado de guerra, praticamente sinônimos na visão hobbesiana.

O estado de natureza, no qual se encontram os homens naturalmente, consiste naquele em que se goza da liberdade como bem lhe convier, tendo esta limite na lei da natureza.<sup>36</sup> A lei da natureza, portanto, é a que governa esse estado natural dos homens, podendo ser definida como a própria razão (lei comum e que Deus deu a todos os homens e tão clara como uma lei

---

<sup>36</sup> LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano**/ tradução de AnoarAiex e E. Jacy Monteiro. 2ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 35.

positivada).<sup>37</sup> A razão ensina que todos os homens são iguais e que não deve prejudicar-se ao semelhante e, sendo a razão conhecida pelos homens, cabe a execução da lei da natureza nas suas próprias mãos. Desse modo, se alguém transgredir a lei da natureza, o ofensor neste ato declara viver por outra regra que não a da razão, o que consiste uma ameaça à Humanidade em geral, dando direito a qualquer homem (para conservar a Humanidade) destruir ou restringir tudo que lhe seja prejudicial. Isso vale para todos, pois qualquer homem no estado de natureza pode matar um assassino, porque todos têm o poder executivo da natureza.

Portanto, o estado de natureza em Locke é um estado de igualdade. É nesse estado que os homens permanecem até que se tornam membros de uma sociedade política, sendo que não é qualquer pacto que cessa o estado de natureza.<sup>38</sup>

O estado de guerra para Locke, em contraponto a Hobbes, é exatamente aquele estado em que se impõe um poder sobre outrem, contrário ao direito da liberdade, pois “a razão ordena considerar como inimigo à própria conservação aquele que arrebatou a alguém a liberdade que a assegura.”<sup>39</sup> A vida fica muito exposta, usando-se da força sem o direito da pessoa de um homem, propiciando o estado de guerra. E justamente evitar este estado de guerra é a razão para os homens se reunirem em sociedade e deixarem o estado de natureza.

Novamente diferente de Thomas Hobbes, John Locke defende que a necessidade e a conveniência arrastavam o homem à vivência em sociedade. Todavia, agora se utilizando do mesmo instrumento de Hobbes, argumenta que o modo de constituir uma sociedade civil se realiza através da forma contratual, quando cada um dos membros renuncia ao poder natural (renunciar a viver sob a lei natural e conseqüentemente ter em suas próprias mãos o poder de executar a lei natural) passando-o às mãos da comunidade e não a um príncipe ou uma assembleia de homens.<sup>40</sup>

O autor se posicionava desfavoravelmente a este tipo de governo, pois, possuindo o monarca ou um conjunto de indivíduos a liberdade natural dos súditos, podia muito bem invadir a propriedade daqueles e desapropriá-los, em razão de possuir a liberdade de natureza. Poderia até vigorar a lei entre os súditos, mas entre governante e súdito, o primeiro se encontrava acima das leis civis. Os súditos estavam, por corolário, expostos e jamais gozariam da segurança de

---

<sup>37</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 39. Nesta argumentação de Locke, há uma crítica a teoria da formação de estado de Thomas Hobbes.

<sup>39</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 67.

sua propriedade. E o monarca, dotado de poder outorgado pela liberdade de cada indivíduo, impune.

Em contraponto, outorgando-se o poder natural à comunidade, esta se tornava a autoridade competente para fixar regras, vivendo-se num império da lei e não de homens. O objetivo é que esta lei vigesse da mesma forma para todos, extirpando de uma vez por todas os privilégios e abusos de uma classe real. Mesmo que haja um soberano, este tem de se limitar à lei civil. Quanto à execução dessas leis, cabe àqueles nomeados pela comunidade.<sup>41</sup>

Todas essas medidas consistiam no objetivo da formação da sociedade: a preservação da propriedade de todos os membros que participassem do corpo político e evitar os inconvenientes do estado de natureza, em que cada homem age de modo pleno somente limitado pela lei da natureza.<sup>42</sup>

A maneira única em virtude da qual uma pessoa qualquer renuncia à liberdade natural e se reveste dos laços da sociedade civil consiste em concordar com outras pessoas em juntar-se e unir-se em comunidade para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, gozando garantidamente das propriedades que tiverem e desfrutando da maior proteção contra quem quer que não faça parte dela.

As palavras de John Locke são muito claras. Elas descrevem o produto de um processo em que uma classe, ao impor sua ideologia em um primeiro momento com o uso da força e da violência, consegue justificar o sistema de relações sociais que entende como paradigmas e estabelecer os valores fundamentais da sociedade. Enganados estão aqueles que pensam que o processo não foi revolucionário.

### **1.3.2.3 A contribuição francesa: Jean Jaques-Rousseau**

Entre meados do século XVIII e início do século XIX ocorreram na França eventos determinantes para o desenrolar da história jurídica e política ocidental. Embora estes acontecimentos se dessem quase cem anos após as reformas capitalistas inglesas, os protagonistas e o propósito continuavam os mesmos: a classe burguesa suficientemente forte para derrubar formalmente o sistema vigente chamado *ancien régime*.

---

<sup>41</sup> Ibidem, p. 67.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 71.

Como nação propriamente dita, reconhece-se a França como tal a partir de 1600, em princípio, formada por três estados: o clero, a nobreza e os comuns.<sup>43</sup> Entre os últimos, encontravam-se os camponeses, trabalhadores e a burguesia mercantil, o qual reivindicava um *status* separado. Dessa forma, o Terceiro Estado era constituído ora pela massa ou ora pela burguesia<sup>44</sup> e, para liderar o Terceiro Estado, houve uma elaboração cuidadosa para que os direitos dos que buscavam um *status* separado se tornassem o porta-voz de todos. Os princípios burgueses deveriam representar, em um primeiro momento, todas as camadas sociais do Terceiro Estado.

A crise agrícola francesa de finais do século XVII,<sup>45</sup> a má administração do monarca Luis XVI e a abundância de privilégios usufruídos pela nobreza foram pretextos para que os representantes do Terceiro Estado (os burgueses), apoiados pelo sentimento de injustiça da “massa” em geral, dessem o primeiro golpe contra o sistema então vigente.

Assim, quando da convocação dos três Estados por Luis XVI com a finalidade de votar impostos, os representantes do Terceiro Estado cortaram definitivamente os privilégios de impostos concedidos aos nobres, classe que a burguesia entendia por dominante até então.<sup>46</sup> Depois desta primeira oportunidade, os acontecimentos são bem conhecidos pela história ocidental.

Todavia, importa, para este trabalho, analisar quais os impactos da ideologia que se estabeleceu a partir da Queda da Bastilha até o ponto culminante da solidificação da Revolução: a promulgação do Código de Napoleão. A análise partirá de fragmentos legislativos publicados naquele período e das ideias que os justificaram.

Em terras francesas, no dia 3 de novembro de 1789 a Assembleia Nacional se manifesta da seguinte forma:<sup>47</sup>

A Assembleia Nacional extingue por completo o regime feudal e decreta que todos os direitos e deveres, feudais e pessoais, que favoreçam a... servidão.. são abolidos sem indenização e que todos os demais são declarados sujeitos a recompra, e que o preço e os meios de recompra serão fixados pela Assembleia Nacional. Os direitos não abrogados por este decreto continuarão aplicáveis até que sejam compensados.

---

<sup>43</sup> LEVY, M.; TIGAR, M. Op. Cit, p. 232.

<sup>44</sup> Ibidem, p. 233.

<sup>45</sup> Lembrando que, conforme a obra “Direito e a ascensão do capitalismo”, a população francesa concentrava-se majoritariamente no campo e, por consequência, sentia fortemente as crises agrícolas.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 239.

<sup>47</sup> Ibidem, apud, p. 240.

A primeira metade do texto, aquela que justificava a atribuição da Assembleia Nacional perante o restante do Terceiro Estado (camponeses e agricultores) constituía mera retórica, pois o regime feudal – consistindo na relação pessoal de vassalagem – há muito já estava extinto na França, com a inserção das relações sociais capitalistas mercantis.<sup>48</sup> A segunda metade tornava legais as pretensões burguesas sobre as terras ainda não inseridas no capital, pois, como bem descreve a promulgação, a Assembleia não tinha a intenção de dar as terras para aqueles que as cultivavam, pelo contrário, se estes quisessem usufruí-las na qualidade de donos, deveriam desembolsar o valor atribuído pela própria Assembleia.

De antemão, já se sabia que poucos indivíduos do Terceiro Estado teriam condições de comprá-las e, por consequência, as terras iriam às mãos daqueles que possuíam essas condições: a elite do Terceiro Estado.<sup>49</sup>

Os agricultores passaram ao *status* de trabalhadores, enquanto os burgueses – com sua tendência de classe aspirante à nobreza – conseguiram o almejado *status* apartado da massa do Terceiro Estado.

Após essa reformulação da ocupação dos espaços físicos, uma nova ideologia passou a ser propagada: embora todos os cidadãos possam desfrutar das vantagens da sociedade, só os que contribuem para o bem público são cidadãos autênticos. Esses “cidadãos autênticos” eram exatamente os proprietários.<sup>50</sup> A par disso, consagrou-se o princípio de que empresas individuais poderiam negociar com trabalhadores individuais, aqueles mesmos que não tinham fundos para comprar sua terra e que, por consequência, tornaram-se mão de obra.

Percebe-se que, tanto na Inglaterra quanto na França, para a burguesia conseguir derrubar o sistema de privilégios feudais, teve que reformular a instituição da propriedade e inserir o contrato como centro das relações sociais. Entretanto, na França houve uma particularidade que a distinguiu do percurso inglês: a elaboração da codificação napoleônica.

Este documento, além de influenciar diversas codificações estrangeiras criadas posteriormente, consistiu no documento cristalizante dos ideais burgueses, dando importância a uma figura em particular, a vontade do Legislador. As ideias do suíço Jean-Jacques Rousseau, além de serem amplamente propagadas quando da Revolução, deram grande ênfase ao papel

---

<sup>48</sup> Ibidem, p. 240.

<sup>49</sup> Ibidem, p. 242.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 242.



do legislador na formação de uma sociedade, a partir de um contrato social, cujo nome define sua principal obra.

Já no início do *Contrato Social* Rousseau discorda das ideias de Thomas Hobbes,<sup>51</sup> no sentido de negar a natureza superior dos chefes dos homens e a sua legitimidade para o uso da força contra os outros indivíduos da sociedade. Assim sendo, o fundamento do Estado não pode ser o medo e a força, pois “o mais forte nunca é suficientemente forte para ser sempre o senhor, se não transformando sua força em direito e a obediência em dever.”<sup>52</sup> Além do mais, ceder à força constitui um ato de necessidade e não de vontade e, sendo a força que faz o direito, toda força que sobrepujar a primeira, sucedê-la-á nesse direito. Com estas palavras, Rousseau desconstrói a teoria de formação de Estado hobbesiana.

Da mesma forma, é inconcebível para Rousseau, novamente contrapondo Hobbes, afirmar que um homem possa abdicar da liberdade gratuitamente: “renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, e até aos princípios e deveres.”<sup>53</sup> Este tipo de convenção – ao qual se renuncia o direito de tudo ter e fazer em favor de um líder – é acusada de contraditória pelo autor porque de um lado estipula uma autoridade absoluta, em quanto de outro, uma obediência estrita. Ao deslegitimar esse modo de constituição de sociedade, Rousseau tenta deixar claro que esse tipo de renúncia ou convenção não tem compromisso algum com aqueles de quem se tem o direito de tudo exigir.<sup>54</sup> Para entender que tipo de autoridade e quando ela deve incidir sobre o povo –, pois não é sempre que o Estado pode impor sua autoridade sobre os indivíduos – deve-se entender como se constitui um povo.

Rousseau defende que a sociedade não funciona considerando os cidadãos de forma individual, mas de forma una e como um todo<sup>55</sup> e da mesma forma, os homens não podem engenhar novas forças, apenas unir e orientar as já existentes.<sup>56</sup> Portanto, para a conservação desses homens, a saída é unir-se de uma maneira que os indivíduos não transfiram a sua força e a sua liberdade, os instrumentos primordiais de sua conservação, sem prejudicar os cuidados

---

<sup>51</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social; Ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; Discurso sobre a ciência e as artes*/ tradução de Lourdes Santos Machado. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 24.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 31.

que devem a si mesmo. A proposta rousseauniana de união e formação social é justamente o contrato social:<sup>57</sup>

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado em com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes. Esse o problema fundamental cuja solução o contrato social oferece.

Em síntese, o contrato social – base legítima de uma sociedade – é um ato de alienação em favor de toda a comunidade e não a um indivíduo ou grupo de indivíduos. Assim, o povo é o titular da soberania de tal maneira que mesmo quando há um governo, não é a ele que “se dá”, mas ao corpo social como um todo. Esse corpo social é chamado de vontade geral, na qual cada um de nós põe sua pessoa sob a direção desta vontade e, recebe enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo.<sup>58</sup>

A vontade geral é superior a qualquer vontade particular e não pode, em nenhum momento depender de particulares, pois é sempre dirigida para o bem comum. Submetendo-se à vontade geral, o indivíduo perde a liberdade individual – aquela existente na criatura individual, como se vivera isoladamente – e ganha a liberdade social, em condição igual para todos.<sup>59</sup>

Deixando claro que um corpo político se constitui através do pacto social, Rousseau se debruça sobre o modo pelo qual o corpo político se movimenta e expressa sua vontade: através da legislação.<sup>60</sup> Embora defenda que a justiça venha de Deus, ao homem comum não é possível conhecê-la, razão pela qual são necessários governos e leis,<sup>61</sup> conduzindo a justiça ao seu objetivo. A lei, portanto, não deve ser explicada por meio da metafísica, a lei é ato que versa sobre matéria geral, assim como a vontade que a institui.<sup>62</sup> Quando Rousseau menciona o geral, considera as ações como abstratas, jamais como ações em particular, desse modo, a lei “poderá

---

<sup>57</sup> Ibidem, p. 32. Importante ressaltar que esse contrato não é um ato formal, mas simbólico: suas cláusulas são determinadas pela “natureza do ato”, ou seja, definindo algo como natureza, esse algo passa a ser a razão das cláusulas. Essas cláusulas dispensam redação explícita, são tácitas. Rousseau argumenta que elas “são as mesmas em toda a parte e reconhecidas em todos os lugares. Se alguém viola o pacto social, cada um volta a seus primeiros direitos e retoma sua liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual renunciara àquela”.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>59</sup> Sublinha-se que igualdade foi um dos pilares retóricos pelo qual a Revolução Francesa se baseou.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 54.

muito bem estatuir que haverá privilégios, mas ela não poderá concedê-los nominalmente a ninguém.”<sup>63</sup>

A quem cabe, portanto, a competência legislativa? Se for o povo que está submetido às leis, cabe a ele sua autoria, responderia Rousseau.<sup>64</sup> Desta prerrogativa vem a questão da justiça das leis: ninguém é injusto consigo mesmo. Entretanto, por mais que o povo queira o bem para si mesmo, não é sempre que o encontra,<sup>65</sup> é preciso “mostrar-lhe o caminho certo que procura”,<sup>66</sup> nascendo assim, a função do legislador, o guia da sociedade.

A função do legislador, sublinha Rousseau, é particular e superior, nada tendo relação com a função de governar os homens.<sup>67</sup> Também o legislador não se confundirá com a vontade geral, pois são particulares que exercem a função legisladora, sendo a vontade geral a confirmadora da sua obra.<sup>68</sup> É a ratificação pela vontade geral que diferencia qualquer sujeito particular que grava quaisquer regras sob um pedaço de tábuas impondo-as ao povo.

Todavia, é do próprio legislador, na concepção de Rousseau, que o cidadão recebe a sua vida e seu ser, quase que uma graça divina. Não é em vão que o último capítulo do *Contrato Social* se chama “Da religião civil”, em que Rousseau conclui suas idéias:<sup>69</sup>

Há, pois, uma profissão de fé puramente civil, cujos artigos o soberano tem de fixar, não precisamente como dogmas de religião, mas como sentimentos de sociabilidade sem os quais é impossível ser bom cidadão [...] Os dogmas da religião civil devem ser simples [...] a santidade do contrato social e das leis – eis os dogmas positivos.

A herança do pensamento de Rousseau, aliada à teoria jurídica, às leis promulgadas durante a Revolução Francesa e os conceitos operacionais que seduziram a população francesa – e os levaram a combate de choque durante a revolução – consolidaram um sistema de relações sociais já há muito desejado pela elite do Terceiro Estado. Com simples conceitos como “liberdade”, “igualdade” cristalizou-se a “propriedade” e o “contrato”, bases da ideologia moderna, forjado no que se conhece por Estado Moderno.

---

<sup>63</sup> Ibidem, p. 55.

<sup>64</sup> Ibidem, p. 55.

<sup>65</sup> Ibidem, p. 56.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 56.

<sup>67</sup> Para Rousseau, aquele que governa os homens não deve governar as leis e vice versa.

<sup>68</sup> Ibidem, p. 58.

<sup>69</sup> Ibidem, p. 143-14

## 1.4 Ideologia moderna e a teoria do direito

A ideologia jurídica moderna sobre qual se ergueu o Estado moderno se desenvolveu, principalmente, explorando dois institutos: a propriedade e o contrato. Sublinha-se que estes institutos nada tinham de novo quando utilizados pela burguesia desde os levantes urbanos no século XI, pois são institutos de origem romana. Todavia, com isso não se quer dizer que a propriedade e o contrato permaneceram com as mesmas características da técnica do Império de Roma; ao contrário, foram eles apropriados pelos burgueses e adaptados as suas necessidades conforme o momento histórico.

Estes institutos foram utilizados no sistema feudal para justificar o exercício do comércio e possibilitar as trocas mercantis nas cidades. As cidades, por sua vez, foram se distanciando do sistema feudal, transformando-se no *locus* da classe burguesa, que não demorou muito a ocupar, dominar e modelar esse espaço.

Ainda, dentro do antigo sistema, aliando-se à monarquia temporal – e por vezes à Igreja e a outras doutrinas protestantes – a burguesia tratou de se armar militarmente e reprimir os setores mais vulneráveis da sociedade, esvaziando completamente de sentido costumes, práticas e leis medievais. Por fim, suficientemente forte como classe, a burguesia derrubou os antigos regimes e dotou de autoridade seu sistema de legitimação para o exercício da violência. Em outras palavras, consolidou sua ideologia.

Transformada a propriedade em uma relação entre pessoa e coisa (propagada não mais como uma relação pessoal entre senhor e servo), na verdade se ocultava a relação entre detentor do meio de produção (o detentor da propriedade) e aquele que não a detém. Disseminada a liberdade contratual, na verdade se estava dando a falsa ilusão de possibilidade do indivíduo de dispor como bem entendesse de seus bens. Se nada tivesse ou pouco tivesse, poderia dispor tão só da sua força de trabalho à barganha contratual, ditada pelos que possuíam os meios de produção.

Ademais de utilizar desses dois institutos na esfera privada, a burguesia os utilizava também na esfera pública, diferenciando-se do uso romano. Esse uso público talvez tenha sido um dos principais elementos que fizeram vitorioso o processo revolucionário. Na Roma antiga, o contrato e a propriedade limitavam-se ao direito privado. Em contraponto, as primeiras teorias do Estado Moderno foram justamente advindas de um contrato, expressamente protegendo a propriedade.

Com isso, vê-se que a ideologia jurídica moderna nada mais é do que as aspirações e os valores de um grupo social com o objetivo de estabelecer como paradigmáticas seu sistema de relações sociais.

Todavia, após o processo de estabelecimento de ideologia, a classe dominante teve a preocupação de cristalizar seus dogmas, para, de alguma forma, reproduzir as relações sociais do sistema vigente e, ao mesmo tempo, promover o controle social. Foi quando, no século XIX, a teoria do direito entrou em cena com justamente essa função: explicar o sistema complexo e lógico de regras jurídicas dentro de si mesmo, esquecendo o passado revolucionário.

Ressalta-se que as teorias contratualistas não serviram como teoria do direito, pois em nenhum momento se debruçaram sobre forma pela qual o sistema teria que se conduzir, mas apenas justificaram a razão do Estado moderno a partir do direito natural. As teorias contratualistas tiveram a função de mudar o eixo do mundo ocidental que antes girava em torno da Igreja, conferindo-o ao homem. O homem passa a ser o eixo do mundo por meio do Estado e suas leis. Entretanto, caberia à teoria do direito proteger esse novo eixo e manter reprimidos ao máximo os movimentos contestadores, pois contestar o direito seria o mesmo que contestar o sistema de relações que o sustentavam. Por corolário, as principais teorias do direito que representam o pensamento jurídico ocidental são herança de todo esse processo.<sup>70</sup> Estudá-las e compreendê-las na sua totalidade passa necessariamente por compreender o processo do qual elas são produto e não apenas fruto de si mesmas, contrariando o desejo da classe à época dominante: esquecer que um dia foram eles os revolucionários...

---

<sup>70</sup> Refere-se aqui às escolas que derivam desse sistema, apenas explicando-o dentro de si mesmo. Exclui-se dessa afirmação escolas que contrariam o sistema, colocando-se externamente a ele.

## 2 POSITIVISMO JURIDICO

### 2.1 A necessidade da Teoria do Direito

Observou-se a formação do Estado Moderno forjado pela burguesia e justificado sobre o contrato, a propriedade e a liberdade. Ao erguer-se, o Estado passou a monopolizar a produção jurídica, ou seja, os homens não deviam mais obedecer à lei natural ou a Deus, mas às leis devidamente colocadas pelo Estado. O eixo do mundo passa a ser o homem e suas leis, não mais a Igreja e seus mandamentos. A partir destas considerações, conferiu-se ao Estado moderno o *status* de paradigma jurídico, em que o direito é aquele aceito e elaborado pelo Estado.

Entretanto, embora teóricos como Hobbes, Locke, Rousseau entre outros tenham justificado e dado base à solidificação do Estado moderno e seu Direito, era necessária uma ciência que explicasse o fenômeno jurídico dentro da ótica estatal, sistematizando seus conceitos e estrutura, ao qual, a partir dela, seriam estabelecidos os pressupostos básicos para sustentar o sistema jurídico estatal. Neste contexto, precisamente no século XIX, a teoria do direito entra em cena, passando a tratar o direito como uma ciência (objeto, sujeito e problemas).

A teoria do direito, embora tenha uma denominação no singular, deve-se entender como “teorias” do direito, pois a teoria explicativa do fenômeno jurídico varia de acordo com a peculiaridade da forma em que o direito é visto e tratado, em decorrência de fatores históricos, políticos e econômicos de cada país. Por estas particularidades em tratar o direito, divide-se os sistemas jurídicos em grandes famílias,<sup>71</sup> sendo as mais expressivas atualmente no ocidente a tradição romana germânica e a *Common Law*.<sup>72</sup> Dentro dessas famílias, desenvolveram-se escolas do pensamento jurídico que refletiram o modo como o direito era reproduzido dentro do alicerce estatal.

Em síntese, durante o processo de destruição do antigo regime e solidificação da burguesia, o discurso filosófico racional era fundamental. Uma vez a burguesia devidamente instalada e dominando o Estado, o discurso racional não servia mais, motivo pelo qual se

---

<sup>71</sup> Sobre o assunto, ver Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo, de Rene David

<sup>72</sup> Neste trabalho, não se considerará o direito dos países pertencentes ao bloco socialista, por especificidades particulares, principalmente pelo fato deste direito ser, em tese, contrário à ideologia jurídica moderna.

demandava uma teoria do direito que legitimasse o *status quo* vigente e as relações sociais do sistema capitalista.

Disto decorrem, como já asseverado, que as principais teorias do pensamento jurídico ocidental são herança e consequência do processo de formação do Estado moderno. Elas procuram, dentro do sistema, descrever o direito tal como está e, nesse sentido, reproduzi-lo.

Dentre as teorias, aqui se destacará somente uma: o Positivismo jurídico<sup>73</sup>, teoria presente no sistema romano-germânico, adotado por países da Europa continental e nos países que já foram colônia daqueles. Sublinha-se que o positivismo jurídico também está presente no sistema *Common law*, entretanto, este trabalho não adentrará nas especificidades do positivismo jurídico daquele sistema.

O Brasil pertence à tradição romano germânica sendo um país em que o positivismo jurídico está presente.

## **2.2 Positivismo jurídico como teoria do direito**

### **2.2.1 Positivismo jurídico *latu sensu* x Positivismo jurídico *stricto sensu***

Para esclarecimento teórico neste trabalho, necessário fazer uma distinção entre positivismo jurídico *latu sensu* e *stricto sensu*. O primeiro trata-se da teoria monista do direito, ou seja, aquela que trata do direito sem intervenções metafísicas ou jusnaturalistas e defende que somente tem o caráter jurídico mandamentos colocados pelo Estado. Em síntese, o positivismo *latu sensu* consiste na redução de todo direito ao que é produzido pelo ente estatal, excluindo o jusnaturalismo como teoria do direito.

Por outro lado, os juspositivistas propriamente ditos são os adeptos ao positivismo jurídico *stricto sensu*. Para estes, a validade do direito encontra-se na forma, e não no valor, separando o julgamento moral do fenômeno jurídico. O Positivismo jurídico *stricto sensu* nega a vinculação de direito e moral e, apesar de aceitar que as normas jurídicas têm origem política,

---

<sup>73</sup> Sublinha-se que as escolas não tem unicidade quanto ao conceito de direito, sua função e aplicação. Há grande divergência entre os teóricos do direito dentro de cada escola, todavia, neste trabalho se analisará as características em comum, que fazem certos autores serem classificados em determinada escola do pensamento jurídico.

não autorizam o intérprete da norma a aproveitar da natureza política do direito para impor sua própria vontade política pessoal.

Este trabalho analisará o positivismo em sentido estrito, a que se lhe pode atribuir o caráter de teoria do direito, motivo pelo qual deve ser entendido quando empregado o termo “positivismo” sem qualquer sufixo como se referindo ao positivismo jurídico *stricto sensu*.

### 2.3 Origens, definição e conceito de direito

Até o final do século XVII, o direito era definido por meio do direito natural, ou seja, o direito tinha características universais *erga omnes* estudados num plano da filosofia e não como uma ciência. A partir do século XVIII, observam-se as primeiras manifestações de positivação do direito, como a paradigmática Declaração do Direito do Homem e do Cidadão. Eventos de positivação direcionaram, dessa maneira, à compreensão de que é inócua tratar o direito como algo natural, mas que na verdade este constitui uma arte decorrente das lutas e conquistas humanas.

Movendo-se o eixo do mundo para o homem, principalmente após as revoluções burguesas, percebeu-se que nenhum direito foi dádiva de Deus ou da natureza, mas um processo histórico de luta, ao qual possibilitou a ascensão do Estado moderno. A par da sua ascensão, o direito positivo configurou-se como instrumento necessário para a manutenção deste Estado. Por essas razões, Norberto Bobbio<sup>74</sup> considera que a origem do positivismo jurídico está diretamente relacionada com a origem do Estado moderno.<sup>75</sup>

Bobbio ressalta que esse processo não foi repentino, mas se deu de forma gradual, em diferentes níveis e com particularidades específicas.<sup>76</sup> A existência da dicotomia direito natural *versus* direito positivo existiu desde tempos clássicos, sendo que a diferença entre ambos se deu em consideração do grau de superioridade de um sobre o outro. Por exemplo, na época clássica, o direito positivo era considerado superior ao direito natural, enquanto na época medieval, o direito natural expressava superioridade sobre o direito positivo.<sup>77</sup> Somente como advento do Estado moderno como única instância de poder, o direito positivo suprimiu o direito natural

---

<sup>74</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito**/tradução e notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

<sup>75</sup> BOBBIO, Op. Cit., p. 26.

<sup>76</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>77</sup> Ibidem, p. 25.



como categoria de validade científica. A partir dessas considerações, Bobbio define o positivismo jurídico como movimento segundo o qual não existe outro direito senão o positivo.<sup>78</sup> O movimento tornou-se sólido e dominante a partir do séc. XIX, com as chamadas grandes codificações.

Como primeiros representantes desse movimento, indicam-se aquelas codificações adequadas à Escola da Exegese, de origem belga e francesa. Estas codificações levaram ao extremo a questão da lei como única forma de direito e o juiz como “boca da lei”.

Entretanto, a Escola da Exegese encontrou suas limitações de atuação e perdeu seus alicerces políticos, motivo pelo qual pouco interessa se aprofundar neste trabalho. Ressalva-se, todavia, que esta Escola ainda perpassa no imaginário daqueles que criticam atualmente o positivismo jurídico, ignorando o fato de que exegese, por razões políticas e de coerência, não prosperou.

Por obra do positivismo jurídico ocorre uma redução de todo direito ao direito posto por autoridade competente no âmbito do Estado. A partir deste pressuposto pode-se definir o direito como conjunto de regras obrigatórias em uma determinada sociedade na medida em que sua violação acarretará a intervenção de um terceiro árbitro ou magistrado que dirimirá a controvérsia emanando uma decisão seguida por sanção àquele que viola a norma.<sup>79</sup> O conceito de direito no positivismo jurídico é necessariamente vinculado à norma criada pelo legislativo, em que o juiz é interprete dessa lei, limitado a ela e por ela. Com base neste conceito, auferem-se características e fundamentos do positivismo jurídico como teoria do direito, a seguir explicitadas.

## **2.4 Pontos fundamentais da teoria juspositiva**

Norberto Bobbio elenca as características fundamentais do positivismo jurídico, resumindo-as em sete pontos, dos quais aqui se destacarão cinco.<sup>80</sup> Marca-se que, para ser considerado positivista, o sujeito não necessita necessariamente concordar com todos os pontos.

---

<sup>78</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>79</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>80</sup> Ibidem, p. 131-133.

Há entre estas questões divergência teórica entre os próprios positivistas, entretanto, há certas convergências, que a seguir serão apontadas.

#### **2.4.1 Abordagem avaliativa do direito**

Como já dito neste trabalho, o esforço em tratar o direito como uma ciência, com sujeito, objeto e problemas elevou a abordagem avaliativa como escolha política do positivismo jurídico. Entre os juízos de fato – uma tomada de conhecimento da realidade como ela é – e de valor – uma tomada de conhecimento da realidade como ela deveria ser - o positivismo jurídico opta por abordar o direito da primeira forma. Esse pressuposto freia julgamentos moralistas e idealistas, próprios do jusnaturalismo, que julga o direito como “bom” ou “mal”, “justo” ou “injusto.”<sup>81</sup> A abordagem juspositivista se desvencilha da qualificação do direito para descrever o direito tal qual se apresenta.

Existem correntes de cunho moralista que validam o direito numa determinada sociedade segundos critérios de valoração: o direito é válido porque justo e de acordo com valores morais.<sup>82</sup> O positivismo, pelo contrário, afasta a ideia de direito como sinônimo de justiça. Necessário fazer uma ressalva, porém, que o positivismo jurídico não afasta a possibilidade de valoração sobre o direito, mas não considera a valoração dentro da ciência jurídica, mas no âmbito da filosofia jurídica, em o direito é estudado desde o ponto de vista de um determinado valor.<sup>83</sup> A ciência jurídica somente não aceita definições filosóficas.

#### **2.4.2 A coercibilidade do direito**

Segundo Bobbio, este é um elemento fundamental do fenômeno jurídico.<sup>84</sup> Veja-se que o próprio conceito de direito segundo a perspectiva positivista é diretamente ligado à organização de uma sociedade que, a partir do Estado moderno, passou a ser função do Estado. Para poder organizar uma sociedade, além do monopólio jurídico, o ente estatal detém o exercício da força para tornar seus comandos eficazes.

---

<sup>81</sup> Ibidem, p. 136

<sup>82</sup> Chamado comumente de moralismo jurídico.

<sup>83</sup> Ibidem, p. 137.

<sup>84</sup> Ibidem, p. 147.

Por meio de um exemplo concreto, consegue-se visualizar a coercibilidade do direito: no direito moderno, o credor tem assegurada a faculdade de acionar o Estado, para que este, sub-rogando-se em sua posição, cobre do devedor as prestações que lhe correspondem, mesmo que o Estado tenha que entrar na esfera patrimonial do devedor, ele mesmo expropriando os bens daquele e colocando-os na esfera patrimonial do credor. Esta violência que o Estado pratica é lícita, se pré-estabelecida por um ordenamento, e representa a função coercitiva.

A partir destas considerações, pode-se perceber que o direito regula a sociedade por meio da força que o Estado pode usufruir, o que faz as normas jurídicas distinguirem-se das outras categorias de normas exatamente pelo fato de se fazerem valer mediante a força.<sup>85</sup> Para Bobbio, ao contrário de Kelsen, o direito não é aquele que regulamenta o uso da força na sociedade, mas aquele que regula a sociedade através da força. Em outras palavras, o objeto das normas é a própria força, sendo que a sanção (meio para realizar a norma jurídica) é elemento essencial da estrutura da norma. Assim, o direito estabelece quem, quando, como e quanto deve exercer a violência.<sup>86</sup>

### **2.4.3 Lei como fonte primária do direito**

Esta característica é uma das principais mencionadas pelos juristas acerca do positivismo. O processo da lei como fonte primária em um ordenamento é fruto de um processo político lento e gradual da sobreposição desta com relação às outras fontes, que pode ser percebido no processo de formação do Estado moderno, já analisado no capítulo anterior.

Entretanto, dizer que a lei é a fonte primária do direito significa dizer que a lei, dentro de um determinado ordenamento jurídico, tem a competência de produzir normas jurídicas. Para que exista essa circunstância, Bobbio defende que devem existir duas condições: a coexistência de outras fontes do direito e que essas fontes tenham valor distinto, ou seja, que não estejam num mesmo plano.<sup>87</sup>

A consequência dessa afirmação consiste que o positivismo jurídico aceita outras fontes jurídicas – como a jurisprudência, os costumes – reconhecendo-as como fontes do direito,

---

<sup>85</sup> Ibidem, p. 150.

<sup>86</sup> Ibidem, p. 155-159.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 162.

relegando, porém, ao primeiro plano a lei como fonte principal, visto representar a manifestação direta do soberano.

#### **2.4.4 Teoria imperativa do direito**

Para Bobbio, os positivistas concordam que a norma jurídica tem estrutura de comando, pois manifesta uma vontade, pressupondo uma relação de subordinação<sup>88</sup> entre aquele ente que emana e os destinatários. Em um primeiro momento, a teoria da norma jurídica como comando tinha como destinatários os cidadãos, em que primeira tendia a dar impulso para um determinado comportamento dos últimos. Tal impulso advém do caráter de comando da norma. As normas permissivas também entram no sentido do comando, pois elas atuam no limite de permitir um determinado comportamento. Todavia, com a evolução nos estudos do positivismo, percebeu-se que o imperativo da norma não se dirige aos cidadãos, mas aos juízes<sup>89</sup> que devem aplicá-la num imperativo hipotético, indicando ao sujeito o meio que ele deve escolher para alcançar certo fim, mas deixa à escolha daquele se vai se utilizar deste meio ou não.

#### **2.4.5 Teoria do ordenamento jurídico**

Para Bobbio, este é o coração da corrente juspositiva.<sup>90</sup> De acordo com o autor, o estudo do direito compreende necessariamente, não a observância de uma norma singular, mas verificar uma norma dentro de uma entidade unitária constituída pelo conjunto sistemático de todas as normas. Antes do estabelecimento do positivismo como teoria e método dominante no direito, as normas jurídicas eram fragmentadas, consideradas singularmente.<sup>91</sup> O positivismo exigiu uma unidade entre estas, consistindo exatamente a característica do ordenamento, a unidade.

Bobbio destaca que a concepção de unidade não é exclusiva do juspositivismo, pois o jusnaturalismo tem seu próprio modo de conceber a unidade do direito. Para os jusnaturalistas, trata-se de uma unidade material, ou seja, uma norma deriva de um preceito moral, podendo ser

---

<sup>88</sup> Ibidem, p. 181.

<sup>89</sup> Ibidem, p. 195.

<sup>90</sup> Ibidem, p. 197.

<sup>91</sup> Ibidem, p. 198.

deduzidas logicamente uma de outra. Para os positivistas, o direito constitui uma unidade porque as normas são postas por uma mesma autoridade, derivando da mesma fonte originária.<sup>92</sup> Esta fonte é originária do poder legítimo de criar o direito. Por essas razões a teoria da norma fundamental, defendida por Kelsen, constitui a base do ordenamento jurídico. A tese kelseniana defende que não se trata do conteúdo de uma norma superior do qual derivam todas as normas, mas da norma que cria a fonte do direito, ou seja, a que autoriza um poder existente a produzir normas jurídicas: o poder constituinte.

## 2.5 A questão da moral

A separação entre direito e moral já foi mencionada neste trabalho como um dos pontos fundamentais da teoria juspositiva. Entretanto, há que se fazerem certos esclarecimentos quanto a esta cisão.

Sobre a moral, pode-se classificá-la a partir de três concepções,<sup>93</sup> sendo a primeira delas a que define a moral como sistema de normas de conduta que vige em uma determinada sociedade. Dimitri Dimoulis atribui a essa concepção o nome de moral dominante ou moral social.<sup>94</sup> Em segundo lugar, a moral pode ser considerada a partir do sujeito, a moral individual, constituindo aqueles valores que o indivíduo segue. Ressalta-se que a moral social condiciona, em regra, a moral individual. E em último lugar, quando se qualifica como moral determinado valor ou melhores valores a partir de uma reflexão teórica, diz-se que a moral crítica. Por exemplo, uma religião defende sua moral, partir de construções teóricas, considerando alguns valores como melhores que outros, possuindo uma moral crítica.

O positivismo jurídico aceita que existam essas morais, todavia o seu estudo não apresenta interesse ao direito.<sup>95</sup> Assim, a posição moral do estudioso, principalmente a do intérprete, não afeta a validade de uma norma ou um ordenamento. Entre os positivistas, há certo consenso sobre o assunto, até porque a tese de separação entre moral e direito é uma opção política teórica do positivismo e não uma escolha ignorando valores morais.<sup>96</sup>

---

<sup>92</sup> Ibidem, p. 199-200.

<sup>93</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

<sup>94</sup> Ibidem, 168.

<sup>95</sup> Ibidem, p. 169.

<sup>96</sup> Ibidem, p. 169.

O juspositivista pode considerar que certas normas são imprescindíveis em qualquer sociedade humana [...] Pode também defender posicionamentos morais pessoais. Pode, finalmente, reivindicar, como cidadão, a inclusão de normas como disfuncionais ou injustas. Tais posturas são possíveis, mas não afetam a tese da separação que decorre de uma opção teórica e não da inexistência ou da volatilidade da moral.

Ou seja, o jurista pode muito bem estudar objetivamente o sistema jurídico sem modificar seus posicionamentos morais enquanto cidadão. Até porque os positivistas reconhecem, como se verá, a influência da moral social na formação do direito.

Os sistemas jurídicos são formados pelas relações sociais que se desejam reproduzir. Dentro destas relações sociais, encontram-se certos preceitos morais que o ordenamento jurídico incorpora, transformando-os em normas jurídicas. O positivismo jurídico não nega esta influência moral no direito, atribuindo ao legislador a faculdade de criar uma norma de acordo com a moral social ou não, pois “o legislador sempre possui uma “ideia” sobre o direito e a justiça, utilizando-a como fonte de inspiração e argumento de legitimação.”<sup>97</sup>

A separação entre direito e moral encontra-se na atividade do intérprete, que não pode modificar o ato do legislador por considerar injusta ou não de acordo com sua moral (seja pessoal, social ou crítica).

Por isso, afirmar-se que o positivismo rejeita a moral no direito, deve ser interpretado no sentido de que há uma aceitação da moral na construção de uma norma, até porque como diz Kelsen, o Direito pode ser moral, mas não necessariamente tem de o ser.<sup>98</sup> Em contrapartida, deve-se restringir o julgamento moral do intérprete em relação à norma, se esta não permite discricionariedade no momento de aplicação.

A vinculação entre direito e moral é contingente, dependendo da vontade dos criadores de normas,<sup>99</sup> pois, embora não se definindo pelos preceitos morais, os sistemas jurídicos admitem princípios morais. O que a teoria juspositiva separa é o conhecimento do direito de sua avaliação,<sup>100</sup> pois a moral não é fonte autônoma do direito.

---

<sup>97</sup> Ibidem, p. 170.

<sup>98</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**/tradução de João Baptista Machado 6 ed. Coimbra: Arménio Amado Editora, 1984, p. 100.

<sup>99</sup> DIMOULIS, Op. Cit., p. 174.

<sup>100</sup> Ibidem, p. 178.

Observa-se ainda, que o recurso à moral é autorizado em duas hipóteses: quando a norma prevê, incorporando em suas disposições referências morais ou quando a norma prevê discricionariedade ao aplicá-la, podendo o intérprete recorrer a critérios morais e considerações de oportunidade política.<sup>101</sup> Ou seja, para utilizar a moral, há a necessidade e a possibilidade de recorrer a critérios morais, desde que autorizado pela norma.

O que o positivismo não admite é a correção do direito em função da moral ou aplicá-la quando uma norma é expressamente vinculada. Tudo isto varia em função da situação legal.

## **2.6 A questão da validade**

### **2.6.1 Validade das normas jurídicas**

Dimitri Dimoulis define a validade como qualidade da norma que a faz fazer parte de um ordenamento jurídico num determinado momento.<sup>102</sup> Ou seja, dizer que a norma jurídica é válida é a mesma coisa que implicá-la dentro de um ordenamento jurídico. Por pertencer ao ordenamento a norma possui força entre seus destinatários, gerando direitos e obrigações.

Para caber em um determinado ordenamento, a norma deve passar por um procedimento formal de elaboração, previamente estipulado por aquele. Há requisitos formais que, se não cumpridos, implicam na invalidade da norma, como por exemplo: ser elaborada e expedida por órgão competente e seguir um procedimento formal.

Ante essas considerações, o positivismo jurídico considera válidas as normas que preenchem os requisitos formais de elaboração. Caso contrário, são inválidas. Para o positivismo, o fato de uma norma ser injusta não implica na sua invalidade. O fundamento de uma norma deve ser buscado em uma norma de hierarquia superior e não em seus julgamentos valorativos.

Ressalva-se que a definição formal da validade não envolve somente aspectos formais de procedimento, mas também questões que afetam aspectos materiais da norma, como limites de atuação ou quando uma norma conflita com diretamente com outra.<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> Ibidem, p. 180.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 113.

<sup>103</sup> Ibidem, p. 115.

## 2.6.2 Validade do ordenamento jurídico

O ordenamento jurídico é um conjunto de normas que regulamenta o comportamento social dentro de um determinado território. Para ser efetivamente válido, o ordenamento deve alcançar determinadas condições.<sup>104</sup> São os chamados pré-requisitos de validade. O primeiro deles constitui o reconhecimento social desse determinado ordenamento, ou seja, a validade de um ordenamento tem relação direta com a eficácia social. Se não há reconhecimento pelos destinatários do ordenamento, ele é inválido juridicamente.

[...] para o PJ strictu sensu, é impossível ter um direito válido sem referência a fatos sociais relacionados com a sua eficácia social, isto é, sem que o direito seja, grosso modo, respeitado pelos seus destinatários.

O segundo pré-requisito consiste na capacidade de coação, isto é, o emprego efetivo da força para implantação das diretrizes jurídicas. Este, segundo Dimoulis, depende diretamente da obtenção do reconhecimento geral dos destinatários.<sup>105</sup>

Agrupando as duas condições, chega-se à conclusão que é da eficácia social que depende a imposição de um ordenamento jurídico, fazendo os destinatários cumprir as normas – independente dos motivos pelos quais cumpram – e permitindo às autoridades competentes a atuação nos casos previstos.

Por corolário, a validade de um ordenamento, segundo a perspectiva juspositivista depende de um fato social complexo: a aceitação social do ordenamento.

## 2.7 A questão da legitimidade: o positivismo jurídico legitima o direito positivo?

Questiona-se neste trabalho se é possível o positivismo jurídico legitimar o direito positivo. Conforme Dimoulis, muitos autores confundem a validade das normas e do ordenamento com a legitimidade do ordenamento, imputando ao positivismo jurídico a teoria que legitima qualquer tipo de direito. O autor discorda dessa posição:<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> Ibidem, p. 116.

<sup>105</sup> Ibidem, p. 122.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 262.



[...] quem critica os juspositivistas por adotarem uma postura indiferenciada, atribuindo a qualidade de “direito” a qualquer sistema de normas [legitimidade], confunde os requisitos de validade da norma e os requisitos de validade do sistema jurídico. Os juspositivistas afirmam que qualquer norma pode vigorar desde que satisfaça os requisitos de validade estabelecidos pelo próprio sistema. Mas pra reconhecer a validade do próprio sistema exigem que este seja socialmente eficaz, isto é, globalmente respeitado pela população. Não aceitam como direito “qualquer” sistema, mas tão somente aquilo que encontra efetiva aplicação, sendo, em geral, obedecido em uma determinada sociedade.

Não é incomum ouvir que o positivismo jurídico é diretamente ou indiretamente responsável pelas ditaduras ocidentais, com ênfase no nacional-socialismo alemão. Dimitri Dimoulis, discordando dessas afirmações, defende a posição que o positivismo jurídico não tem nenhum fundamento para legitimar nenhum regime político, até porque a imposição de um regime político é fruto de lutas políticas entre grupos de poder e não de um regime jurídico formal.

Em outras palavras, a imposição de um regime não se baseia em crenças teóricas e na análise da validade das normas jurídicas.<sup>107</sup> Lembra Dimoulis, do mesmo modo, que o discurso jurídico nazista tinha uma conotação moralista, falando em “espírito do povo alemão”, colocando os valores nazistas como guia ao direito a ser aplicado, o que contrapõe diretamente o positivismo jurídico, que separa o direito dos julgamentos valorativos.<sup>108</sup>

Se um determinado ordenamento é válido juridicamente – e não legítimo - pressupõe que seus destinatários reconheceram aquele, atribuindo o caráter de direito e obedecendo a seus comandos. O próprio positivismo jurídico não impõe a observância das normas, que fica a critério de cada destinatário, ressaltando-se no papel de descrever o direito vigente, rejeitando tentativas de legitimação.<sup>109</sup>

Assim, há uma grande diferença entre a validade formal do direito e o dever de obediência que depende do indivíduo, sendo que em nenhum momento o positivismo defende o cumprimento do ordenamento.

Ser adepto ao positivismo jurídico não é legitimar o direito vigente, apenas ignorar visões apologéticas classificando o direito como bom ou ruim, insistindo na postura descritiva. Para criticar o direito positivo, deve-se conhecer o que ele descreve.

---

<sup>107</sup> Ibidem, p. 260.

<sup>108</sup> Ibidem, p. 261-262.

<sup>109</sup> Ibidem, p. 267.

## 2.8 A interpretação do direito

A interpretação consiste na operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito, segundo Hans Kelsen.<sup>110</sup> Esta atividade é necessária para dar sentido às normas que serão utilizadas no caso concreto pelo órgão jurídico.

Kelsen classifica em duas as modalidades de interpretação: a primeira consiste na interpretação do direito pelo órgão competente em aplicá-lo, enquanto a segunda consiste na interpretação que uma pessoa privada dá ao direito, especialmente os cientistas jurídicos. Kelsen se ocupa da primeira modalidade.

De acordo com o positivismo jurídico, entre uma norma superior e uma norma inferior, há uma relação de determinação ou de vinculação. O mesmo se passa entre uma lei e uma sentença judicial. Entretanto, para Kelsen, esta determinação ou vinculação nunca pode ser completa, pois não se pode vincular todas as direções que o comando jurídico pode ser aplicado.<sup>111</sup> Haverá sempre uma margem, seja ela maior ou menor – a depender do nível de discricionariedade implícito na própria norma – que deixa um limiar para a livre apreciação em que “mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou a executa uma pluralidade de determinações a fazer.”<sup>112</sup>

Isso porque há circunstâncias externas que não podem ser previstas pelo legislador. Assim, no momento de aplicação do direito, o juiz possui várias possibilidades de interpretação, “segundo seu próprio critério.”<sup>113</sup> São várias as significações possíveis dentro do que Kelsen chama de “moldura”:<sup>114</sup>

O Direito a aplicar forma, em todas as hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.

Desta afirmação kelseniana, depreende-se que a interpretação da norma não leva necessariamente a uma solução “correta”, podendo existir mais de uma, de igual valor. Não há

---

<sup>110</sup> KELSEN, Op. Cit., p. 463.

<sup>111</sup> Ibidem, p. 464.

<sup>112</sup> Ibidem, p. 464.

<sup>113</sup> Ibidem, p. 464.

<sup>114</sup> Ibidem, p. 466-467.

uma interpretação melhor que outra – ou mais correta que outra – há apenas a escolha de qual delas se tornará direito no ato de aplicar o direito ao caso concreto.

Assim, quando o juiz decide num certo sentido a partir da interpretação da norma abstrata, está decidindo por uma das possibilidades existente dentro da moldura normativa. Esta seria a teoria da interpretação de Kelsen que, como se observa, não descreve um método exaustivo de como aplicar a lei no caso concreto. Muito pelo contrário, o autor critica métodos que fornecem o caminho para chegar a uma única solução correta.<sup>115</sup> Kelsen desaprova teorias que tentam descrever o ato de interpretação como um ato de clarificação, em que aplicador, no uso de sua razão e não de sua vontade, através da pura atividade de inteligência, possa chegar a uma escolha correta ou justa.

Dentro da teoria do direito positivo defendida por Kelsen, “não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar, possa ser preferida a outra.”<sup>116</sup> Tanto que para Kelsen, este não é um problema sobre o qual se deve debruçar a teoria do direito, mas um problema de política do direito.<sup>117</sup> Isto porque das normas não se pode retirar decisões justas ou injustas, corretas ou incorretas, consistindo, na verdade a interpretação um ato de vontade combinado com um ato de cognição. No ato de interpretação – além da fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato – para além da cognição do direito positivo, tem-se a incidência de normas não jurídicas: normas morais, valores, interesses políticos ou de Estado.

O que se percebe a partir da leitura de um dos maiores expoentes do positivismo jurídico, Hans Kelsen, é que não existe uma teoria propriamente dita da interpretação segundo o positivismo jurídico, restando impossível afirmar sua posição descritiva na questão da interpretação. Kelsen silencia quanto ao método da interpretação, por entender inútil formular uma teoria da interpretação no positivismo jurídico.

## **2.9 Positivismo jurídico: a manutenção das relações sociais vigentes**

A teoria juspositiva, como já se viu, foi fruto da consolidação do Estado moderno e opção política jurídica dominante nos países ocidentais até quase finais da década de setenta do

---

<sup>115</sup> Ibidem, p. 467.

<sup>116</sup> Ibidem. p. 468.

<sup>117</sup> Ibidem, p. 469.

século XX. Enquanto o eixo do mundo foi o homem, o positivismo jurídico, apesar de suas críticas, conseguiu sustentar-se como teoria do direito.

Após análise dos principais conceitos, fundamentos e pressupostos desta teoria, percebe-se que ela mantém o *status quo*, ou seja, mantém as relações sociais reproduzidas num determinado sistema jurídico. Em síntese, é uma teoria produto do Estado de direito capitalista, ou, Estado moderno, pois estuda o sistema jurídico dentro de si mesmo, rejeitando a filosofia e a sociologia como ciência jurídica.

O positivismo oferece uma visão da estrutura do direito (norma, sanção, coação) de uma forma estreitamente objetiva, adotando uma postura descritiva e não avaliativa. Esta é a escolha do positivismo jurídico, não uma ignorância de estruturas não jurídicas – como a moral – até porque qualquer positivista pode afirmar que, tanto no processo de formação do direito quando na interpretação do direito, incidem normas morais, todavia, não se pode utilizá-las para classificar o direito como bom ou ruim, válido ou inválido, justo ou injusto.

A postura objetiva do positivismo não é uma frieza jurídica; ao contrário, é, dentro do possível, um limite à subjetividade de cada um, proibindo aquilo que se pode denominar “jurista sem limites”.

Todavia, para uma análise conclusiva do positivismo jurídico é necessário reconhecer algumas de suas consequências gerais – sem considerar particularidades – num determinado sistema em que vige: a) sistematizar a legislação de modo coerente, sob critérios hierárquicos a fim de fundamentar uma norma inferior numa norma superior; b) fazer valer a norma jurídica de forma imperativa; c) proporcionar um mínimo de segurança jurídica, ou seja, proporcionar um comportamento previsível do Poder Público e dos cidadãos; d) promover o controle social; e) impedir o uso privado da violência.

Ante o exposto, conclui-se pela ideia de que o positivismo proporciona um sistema jurídico rígido, pois a partir de alguns conceitos fundamentais advindos de sua estrutura, como norma fundamental, hierarquia e segurança jurídica, vislumbra-se a intenção de manutenção do *status quo*, com diversos elementos que tornam difícil sua simples ruptura, até porque, como já se disse anteriormente, o positivismo jurídico é uma teoria do direito que reproduz o Estado e direito capitalista, ou, Estado moderno.

### 3 A CRISE DO POSITIVISMO

Nos capítulos anteriores, descreveu-se o processo de formação do Estado Moderno e suas bases justificadoras, o contrato e a propriedade. As ideias que sustentaram a solidificação do Estado foram determinantes para que o eixo do mundo ocidental, que antes girava em torno da Igreja, passasse a girar em torno do homem. As revoluções dos séculos XVII e XVIII, embora lastreadas em valores e instituições burguesas, consolidaram um Estado de direito, ou seja, um Estado de leis. Assim, prevalece a lei igualmente para todos em iguais condições, pois há um governo de leis e não de homens.

Nesse contexto, a teoria do direito ocidental entra em cena no século XIX para manter e solidificar a estrutura jurídica construída durante o referido período. Dentre as teorias que representam o pensamento jurídico ocidental, o positivismo jurídico predominou tanto em países do *civil law*, incluindo o Brasil, quanto em países do *common law*. Em linhas gerais, percebeu-se que o positivismo jurídico propõe um sistema jurídico rígido em que a capacidade normativa e decisória provém de um Estado de direito soberano e que as leis positivadas são a fonte primária do direito. Mais do que tudo isso, percebeu-se que o positivismo jurídico sustenta e reproduz um sistema de relações sociais idealizadas no século XVII e XVIII.

O século XX trouxe duas grandes guerras, crises econômicas e a consolidação de conglomerados industriais e econômicos de âmbito mundial. O crescimento econômico restringido ao âmbito meramente nacional é impensável diante deste novo cenário que se apresentou. Por consequência, as tomadas de decisões políticas transcenderam os territórios de cada Estado. Um novo eixo do mundo é nítido em meados do século XX: o mercado, que demanda, para além da autonomia simbólica do sujeito, a dissolução das referências regulatórias e das amarras legais dos Estados soberanos, necessários à expansão econômica em escala planetária. Nesse momento, entram em colapso a notável rigidez dos sistemas jurídicos dos Estados soberanos e os pressupostos do positivismo jurídico como teoria do direito.

#### 3.1 O novo eixo do mundo: o mercado

Os anos 1978-1980 são, para David Harvey, um ponto de ruptura na história da civilização, onde transformações e reivindicações foram iniciadas.<sup>118</sup> É nesse determinado período – tal qual nos séculos X e XI quando os primeiros burgueses se revoltavam contra as restrições do sistema feudal - que houve uma série de medidas revolucionárias que impuseram ao mundo que nos cerca uma imagem totalmente diferente. Estas transformações correspondem ao que o autor denomina “neoliberalismo”, agindo tanto no pensamento quando na administração econômica, consistindo:<sup>119</sup>

Em primeiro lugar, uma teoria das práticas político-econômicas que propõe que o bem-estar humano pode ser melhor promovido liberando-se as liberdades e capacidades empreendedoras individuais no âmbito de uma estrutura institucional caracterizada por sólidos direitos a propriedade privada, livres mercados e livres comércio. O papel do Estado é criar e preservar estruturas apropriadas a essas práticas.

No trecho transcrito, Harvey defende que Estado deve manter somente certas estruturas, aquelas que são fundamentais para o desenvolvimento do neoliberalismo, como por exemplo, o judiciário, o sistema militar e as forças armadas. Sublinha-se que o Estado deve se manter somente nestas funções.

Com o deslanchar dos anos setenta, viu-se a proliferação práticas consideradas neoliberais: privatização, desregulação e retirada do Estado do âmbito do bem-estar social. Todavia, não só na prática político-econômica este fenômeno se proliferou: o neoliberalismo transformou-se em discurso, ocupou de forma considerável os bancos universitários e influenciou de maneira decisiva o pensar acadêmico norte-americano, espalhando-se, posteriormente, para todo o mundo. David Harvey tenta demonstrar que o neoliberalismo, mais do que uma teoria sedutora e dominante, acabou se transformando em um discurso de caráter hegemônico:<sup>120</sup>

Em suma, o neoliberalismo se tornou hegemônico como modalidade de discurso e passou a afetar tão amplamente os modos de pensamento que se incorporou às maneiras cotidianas de muitas pessoas interpretarem, viverem e compreenderem o mundo.

---

<sup>118</sup> HARVEY, David. **O neoliberalismo: história e implicações**. 4 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013, p. 11.

<sup>119</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>120</sup> Ibidem, p. 14.

Em outros dizeres, a virada neoliberal do XX modificou estruturas institucionais. O discurso neoliberal tratou de esvaziar o sentido de certas instituições incompatíveis com a nova forma de lidar com o capitalismo<sup>121</sup> e, principalmente, este novo estágio de capitalismo. Inserir todas as relações humanas no domínio do mercado foi exatamente o que o neoliberalismo tratou de consolidar a partir do momento em que se tornou muito mais do que prática econômica, mas um discurso hegemônico.

Não é coincidência, por exemplo, que em tempos atuais os meios de tecnologia de informação e a sua promoção estejam tão em voga. Essas tecnologias comprimem as transações de mercado, tornando-as mais curtas. Conforme David Harvey, a compressão das transações é a condição pós-moderna: o contrato temporário, “suplantando as instituições permanentes nos domínios profissional, emocional, sexual, cultural, familiar e internacional, bem como nas questões políticas.”<sup>122</sup>. Permanência e rigidez nas relações sociais são incompatíveis com o neoliberalismo, que busca a flexibilização, rapidez e temporariedade nas transações de mercado. Sublinha-se que o neoliberalismo fomenta a incorporação de todas as relações humanas no domínio do mercado.

Para Harvey, nenhuma forma de pensar se torna dominante se seus conceitos, valores ou ideias não forem atraentes, não alcançarem os desejos do sujeito<sup>123</sup>. Se este aparato conceitual for bem sucedido e convincente, se incorporará facilmente ao senso comum e passará a ser tomado como certo e livre de questionamento.

Os pensadores do neoliberalismo consideraram fundamentais e atraentes os ideais de liberdade individual<sup>124</sup> e dignidade humana, colocando-os como centro da civilização. Esses

---

<sup>121</sup> Segundo Levy e Tigar na obra “Direito e Ascensão do Capitalismo” para uma classe ou um determinado tipo de sistema, ideia ou teoria passar ao caráter de dominante, as atuais – e velhas – instituições vigentes tem que ser esvaziadas de sentido por aquelas que pretendem substituí-las,

<sup>122</sup> HARVEY, op. cit, p. 14.

<sup>123</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>124</sup> A ideia de liberdade sempre foi carro-chefe da tradição norte-americana. No discurso do ex-presidente dos Estados Unidos da América, George W. Bush, quando do aniversário do episódio conhecido como “11 de setembro”, não restou dúvidas quanto a essa liderança: “A humanidade tem em suas mãos a oportunidade de oferecer o triunfo da liberdade a todos os seus inimigos imemoriais” e “os Estados Unidos assumem suas responsabilidades de líderes dessa grandiosa missão”. O discurso da liberdade é muito claro: deve ser ele propagado e não só isso, deve ser a luz daquilo que a maior potência proteger. David Harvey coloca dois fatos históricos não ligados pelo tempo-espço, mas que demonstram claramente a ação direta e indireta da nação norte americana na defesa da liberdade. O primeiro caso fático foi a invasão ao Iraque, sob exatamente a justificativa da liberdade: os iraquianos estariam livres e isso era tudo o que realmente importava. A segunda situação colocada por Harvey é a primeira experiência de neoliberalização podendo ser considerada o marco inicial do processo neoliberalizador: trata-se do golpe em Salvador Allende, com tendências esquerdistas e democraticamente eleito, para assumir então Pinochet, apoiado pelos EUA. Pinochet, assim que assumiu, reprimiu com violência todos os movimentos sociais, organizações populares e restringiu instituições sindicais. Uma nova abordagem foi adotada e a ajuda de economistas para reconstruir a economia chilena foi requisitada: todos estes, por óbvio, adeptos a

ideais são certamente convincentes e sedutores, além de serem comoventes quando incorporados no discurso neoliberal.

No tocante ao espaço atingido por esse fenômeno, a neoliberalização passou a ser um acontecimento mundial complexo, tendo desenvolvimentos desiguais em cada parte do globo. O questionamento que resta é justamente o porquê da virada neoliberal e como ela se tornou hegemônica em âmbito mundial.

### **3.2 As razões da virada neoliberal**

Para David Harvey, a reestruturação na forma de Estado, depois da Segunda Guerra Mundial, tinha dois propósitos: evitar o retorno das condições de crise de 1930 e impedir o ressurgimento de rivalidades geopolíticas.<sup>125</sup> Havia a necessidade de um acordo de classes entre capitalistas e trabalhadores, uma correta combinação de Estado, mercado e instituições democráticas para garantir a paz, a inclusão, o bem-estar e a estabilidade.

Os Estados, então, intervieram na política industrial e passaram a estabelecer padrões para o salário social e promover o bem-estar social. De fato, houve ganho para os países centrais, todavia, esse ganho se deu a partir da exploração de países periféricos, que muito distantes estavam de chegar próximo a um liberalismo embutido ou, social democracia, como é mais conhecido na teoria política.<sup>126</sup> A expressão bem-estar social funciona, no entanto, para mascarar um liberalismo na forma embutida, um liberalismo que funciona através de uma rede de restrições sociais, políticas e um ambiente regulatório que em alguns casos liderou a estratégias econômicas.

O projeto neoliberal é exatamente desvencilhar o capital dessas restrições, pelos limites impostos pela lei. O neoliberalismo não tem a pretensão de sustentar o bem-estar social, embora propague discurso convincente contrário.

---

teorias neoliberais. A escolha desses não foi de modo algum aleatória: “os Estados Unidos tinham financiado o treinamento de economistas chilenos na Universidade de Chicago desde os anos 1950 como parte de um programa da Guerra Fria destinado a neutralizar tendências esquerdistas na América Latina.” Estes mesmos economistas ocuparam cadeiras nas principais universidades chilenas, propagando o discurso neoliberal no nível formal e Pinochet levou esses mesmos economistas a trabalhar para o governo, assim, reestruturaram a economia de acordo com suas teorias, contraindo empréstimos junto ao Fundo Monetário Internacional e fazendo prevalecer as exportações sobre as importações. A dívida externa foi inevitável, mas “não pela primeira vez, uma experiência brutal realizada na periferia transformou-se em modelo para formulação de políticas no centro”.

<sup>125</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>126</sup> Ibidem, p. 20.



No final de década de 1960, a social democracia entrou em crise,<sup>127</sup> com altos índices de inflação e desemprego – uma fase global de estagflação.<sup>128</sup> As políticas keynesianas não eram mais válidas, pois os gastos sociais disparavam enquanto as receitas de impostos caíam.<sup>129</sup> Se houve uma melhora nos países centrais<sup>130</sup> que se valiam do liberalismo embutido, a crise demonstrou que este sistema estava esgotado, restando, para a superação da crise, a busca de uma alternativa.

Houve duas propostas de alternativa, tornando o debate político polarizado. A primeira alternativa propunha aprofundar a regulação e o controle de tudo (ambiente, saúde, segurança, direitos civis e dos consumidores), defendendo a social democracia e o corporativismo tradicional. A segunda alternativa representa os interesses de todos aqueles que pretendiam liberar o poder corporativo e restabelecer as liberdades de mercado.<sup>131</sup>

Na década de 1970, a última alternativa foi adotada de forma hegemônica e o mundo capitalista mergulhou na neoliberalização como resposta à crise. Nessa colocação, Harvey ressalta que essa resposta se deu de forma desigual, variando de Estado para Estado, de formação social para formação social – o que demonstra o caráter não elaborado das soluções neoliberais.

Portanto, o terreno fértil para a alternativa neoliberal foi exatamente o colapso do acordo pós segunda guerra mundial (colapso da social democracia), em que as taxas de juros reais ficaram negativas e o controle da riqueza pela classe que a possuía permaneceu estável, chegando na década de 1970 a decair.<sup>132</sup>

A estrutura comum dos neoliberalismos é justamente um projeto voltado para reestabelecer o poder de classe das elites econômicas. A socialdemocracia – mesmo chamada de liberalismo embutido por Harvey – impõe limites à hegemonia de tal classe, enquanto que o projeto neoliberal quer exatamente ultrapassar e ao mesmo tempo aniquilar tais limites. Nesse sentido:<sup>133</sup>

Podemos, portanto, interpretar a neoliberalização seja como um projeto utópico de realizar um plano teórico de reorganização do capitalismo internacional ou como um

---

<sup>127</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>128</sup> Aumento na taxa de desemprego combinado com o aumento dos preços.

<sup>129</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>130</sup> Como os países escandinavos, alguns países da Europa e os Estados Unidos.

<sup>131</sup> Ibidem, p. 22-23.

<sup>132</sup> Ibidem, p. 17-23.

<sup>133</sup> Ibidem, p. 27.

projeto político de reestabelecimento das condições de acumulação do capital e de reestruturação do poder das elites econômicas.

O autor defende o segundo objetivo, aquele que na prática se consuma. O utopismo teórico neoliberal funciona como um sistema de legitimação do que quer que tenha sido necessário para alcançar esse fim. Em outros dizeres, não há um sistema formal neoliberal, mas construções rápidas de argumentos que convalidem o que a prática neoliberal demandar. Falar em sistema de princípios é questionável, pois, se estes entram em conflito com a necessidade dos conglomerados econômicos, estes mesmos princípios são abandonados ou distorcidos. Todavia, o neoliberalismo, é, sem dúvida, uma ideologia.

O questionamento que permanece neste trabalho é: qual teoria do direito seria apta para sustentar tantas mudanças rápidas, que, na prática não têm uma rigidez formal e podem chegar ao ponto de se contradizerem, partindo da premissa de que no neoliberalismo não existe uma teoria formal, mas a demanda de um sistema de legitimação do que quer que seja necessário para alcançar o reestabelecimento político econômico de uma classe? O positivismo jurídico, teoria dominante até quase finais do séc. XX, com sua estrutura hierárquica, tem condição de suportar novas relações de poder sem sacrificar seus pressupostos?

Com base nesses questionamentos, não é coincidência que para muitos juristas, o positivismo jurídico encontrou seu esgotamento paradigmático, motivo pelo qual tem sido constantemente deslegitimado teoricamente. Deslegitimar o direito positivo para poder flexibilizá-lo em nome de valores muito sedutores como “justiça”, “liberdade” e “dignidade” é a prática recorrente das teorias que se designam “pós-positivistas”. Mas não seriam a ascensão das teorias pós-positivistas um discurso de consolidação do sistema neoliberal?

### **3.3 Breves considerações sobre o direito na atual**

A partir da ruptura política econômica mencionada, o novo eixo do mundo foi estabelecido: transnacionalização dos mercados (seja de produção, finanças ou consumo) e inserção das relações sociais (familiares, privadas ou pessoais) no mercado. Estas transformações globais fizeram com que o centro do mundo deixasse de ser o homem, como até então havia sido.

Transnacionalizando mercados, passa-se a prescindir das fronteiras nacionais para tomada de decisão político-econômica e, desse modo, a soberania do Estado tem fragilizada sua autoridade<sup>134</sup> perdendo, conseqüentemente, a autonomia do seu aparato jurídico burocrático. A fragilização do sistema jurídico é premissa para a inserção de determinada nação no contexto da globalização, assim, medidas como eliminação das barreiras de abertura comercial, desregulação de mercados, desestatização, flexibilização das condições de trabalho e deslegalização são fenômenos comuns que vêm sendo observados, notadamente no Brasil, pelo sociólogo José Eduardo Faria.<sup>135</sup>

Para Faria, falar em política atualmente não é necessariamente falar em limites territoriais nacionais ou limites jurídicos,<sup>136</sup> pois com o fenômeno da globalização as estruturas organizativas e jurídicas estatais forjadas pelo Estado muitas vezes perdem sua centralidade e seu sentido.<sup>137</sup> Inclusive, o poder de “aderir” à globalização vai muito além da opção dos legisladores e agentes políticos, ficando fora do seu alcance.<sup>138</sup>

O pluralismo do mercado tem poucos pontos em comum com a política jurídica estatal, pois além de deter distintos agentes, criam suas regras quando necessitam e como necessitam, de modo rápido e eficiente. Diante dessas circunstâncias, as normas jurídicas estatais são colocadas em dúvida em razão da globalização. Da mesma forma, o tipo de reflexão jurídica até então imperante entre os operadores jurídicos se mostra cada vez mais incapaz e ineficiente de atender as novas demandas mundiais. Nesse cenário, a reflexão do positivismo jurídico é justamente colocada em cheque.

### **3.4 A deslegitimação do positivismo jurídico e a ascensão de teorias flexibilizadoras (ou de abertura) do direito**

Neste contexto de exaltação da crise do direito, Dimitri Dimoulis sintetiza de maneira clara o que vêm acontecendo com o positivismo jurídico, principalmente no debate jurídico brasileiro.<sup>139</sup> Atualmente, segundo Dimoulis, o positivismo jurídico encontra rejeição, sendo

---

<sup>134</sup>FARIA, José Eduardo. **Derecho en la economía globalizada**/traducción de Carlos Lema Añón. Editorial Trotta: Madrid, 2001, p. 23

<sup>135</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>136</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>137</sup> Ibidem, p. 28.

<sup>138</sup> Ibidem, p. 28.

<sup>139</sup> DIMOULIS, Dimitri. Op. Cit, p. 45-46.

classificado como ultrapassado e formalista. Para ressaltar seu posicionamento opositor, os críticos ao positivismo se denominam “pós-positivistas”, adeptos ao pós-positivismo<sup>140</sup>:

Pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética.

Como é possível observar, é dada uma conotação moralista e idealista ao termo. E muito embora não haja um claro consenso de definição do pós-positivismo brasileiro, entre seus adeptos há uma convergência de conotação idealista e moralista, afirmando que o pós-positivismo abandona a postura descritiva do positivismo.

Desse modo, incorpora-se uma postura avaliadora do sistema jurídico – determina-se regra é “boa” ou “má” – e ao mesmo tempo se incumbe ao intérprete uma função de determinar como uma regra ou sistema jurídico deveria ser. Adota-se uma postura que parte do pressuposto da abertura do direito, para, conseqüentemente, flexibilizar sua metodologia.

Levar a sério a moral e os valores da sociedade – criando assim um sistema aberto de valores – se tornou discurso corriqueiro para legitimar a validade do pós-positivismo brasileiro como teoria “pós-moderna” do direito, ultrapassando seu formal rival, o positivismo jurídico. O uso de conceitos operacionais atraentes torna maniqueísta a oposição positivismo *versus* pós-positivismo, em que o segundo se propõe comprometido com os valores da justiça, verdade, moral, ética e dignidade humana, impondo ao primeiro o caráter excessivamente formalista, não comprometido com as verdadeiras necessidades sociais.

Dizer-se positivista no Brasil tornou-se sinônimo de ser crente na legitimidade do direito positivo independente do que ele estabeleça, o que é vilmente criticado pelos que se denominam pós-positivistas.

### **3.5 As principais críticas ao positivismo jurídico**

---

<sup>140</sup> Ibidem, p. 49.

As principais críticas dos pós-positivistas brasileiros ao positivismo jurídico vão no sentido de: ser o positivismo uma teoria que sustenta a aplicação mecânica da lei e a legitimação incondicional do direito.<sup>141</sup>

O argumento de aplicação mecânica da lei está quase sempre presente nos discursos anti-positivistas e pró pós-positivistas.<sup>142</sup> Para estes, esperar todas as soluções concretas a partir da aplicação da lei e limitar a atuação do juiz ao mero conhecimento da lei e à pura atividade de subsunção, vendando a postura construtiva, é um atraso fortíssimo diante da concretização da justiça.<sup>143</sup> É perceptível nessa crítica pós positivista a necessidade de quebrar a rigidez positivista em favor de valores altamente abstratos:<sup>144</sup>

A teoria pós-positivista brasileira requer uma abertura do direito e uma flexibilização metodológica para introduzir um idealismo na teoria do direito, assim o fenômeno jurídico não se afasta do compromisso com a justiça, mesmo que isso tenha o custo de desconsiderar normas jurídicas válidas e a segurança jurídica.

Verifica-se uma apologia quase metafísica da função de justiça e uma “exaltação retórica da missão ética dos operadores do direito”, sem, no entanto, explicar de forma convincente os métodos que permitam encontrar a solução justa no caso concreto. Em verdade, constata-se que a opção metodológica do pós-positivismo autoriza o intérprete, por meio da sua consciência de justiça e prudência, encontrar essa justa solução. Eis a lacuna jurídica para legitimar o que quer que seja necessário para concretizar determinados valores, mesmo que esses valores sejam a roupagem de discursos neoliberais.

No que concerne à legitimação incondicional do direito, o positivismo jurídico é acusado de considerar justo toda regra formalmente válida. Ou seja, se uma norma jurídica respeitou o processo legislativo, promulgando-se nas formas previamente estabelecidas, então a norma é justa.

---

<sup>141</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>142</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>143</sup> Os próprios expoentes do positivismo jurídico, Herbert Hart e Hans Kelsen, reconhecem o amplo espaço de discricionariedade do juiz, ou seja, do seu papel criativo. Em todos os sistemas jurídicos, um espaço amplo e importante é deixado aberto à discricionariedade dos tribunais de outras autoridades para concretizar cláusulas inicialmente vagas, para responder a incertezas em relação à norma ou para desenvolver e especificar normas que se encontram, de forma abstrata, em precedentes vinculantes. Constata-se que na atualidade do positivismo jurídico seja impossível sustentar-se que ao juiz cabe reproduzir estritamente a palavra da lei, embora isso seja amplamente difundido como discurso legitimador do pós-positivismo.

<sup>144</sup> Ibidem, p. 52.

Entretanto, Dimoulis defende que dificilmente encontra-se um positivista que defenda que a norma é legítima em razão de sua validade, devendo por isso ser obedecida.<sup>145</sup> No positivismo jurídico não se encontra justificativa teórica para equiparar validade e dever de obediência.

### **3.6 Consequências da adoção do pós-positivismo como teoria do direito**

Condenar moralmente o positivismo jurídico tem sido a forma recorrente de legitimar o pós-positivismo como nova teoria do direito. De acordo com Dimoulis, o apelo à moral realizado através de discursos sedutores de justiça, valores, ética funcionam muito mais que uma contraposição teórica em determinados casos. É muito recorrente associar o fracasso do positivismo jurídico ao nazismo alemão, em que se alega que o positivismo jurídico prescreve obediência a qualquer direito validamente posto.<sup>146</sup>

Entretanto, segundo Dimoulis, quem critica os positivistas por atribuir a qualidade de direito a qualquer sistema de normas, confunde os requisitos de validade da norma e validade do sistema jurídico.<sup>147</sup>

Os positivistas consideram válidas normas que satisfaçam os requisitos de validade dispostos pelo sistema jurídico vigente, mas reconhecimento desse sistema depende de sua eficácia social, ou seja, se ele é respeitado e aceito pela população em que vige. Dessa forma, o positivismo não aceita qualquer sistema jurídico, somente o que é aceito por uma determinada sociedade. O positivismo jurídico não é uma teoria legitimadora de determinado regime (seja ele democrático ou ditatorial), o positivismo jurídico opta pela descrição do direito vigente.<sup>148</sup> É uma escolha política e não a ignorância do que venha a se legitimar, tanto que a teoria juspositiva deixa a decisão sobre o dever de obediência ao direito positivo a critério de cada um, de acordo com seus interesses. Descrever o direito não é prescrever sua obediência, pelo contrário, o espírito crítico e o questionamento do direito como ele é permeiam a teoria juspositivista.

---

<sup>145</sup> Ibidem, p. 56.

<sup>146</sup> Ibidem, p. 59.

<sup>147</sup> Ibidem, p. 59-60.

<sup>148</sup> Ibidem, p. 59.

As reflexões de Dimoulis<sup>149</sup> demonstram as consequências e objetivos da tendência de adesão do pós-positivismo no Brasil. Para ele, a rejeição do positivismo como teoria do direito autoriza uma “carta de alforria” ao intérprete para que ele dê o sentido da norma de acordo com sua conveniência e interesse.<sup>150</sup> Dito de outra forma, uma das consequências da adesão a esta teoria é a criação de um jurista sem limites voltado a uma interpretação criativa, podendo ir além, ou mesmo revogar, a regra jurídica pré-estabelecida. Assim, fica à deriva a conveniência.<sup>151</sup>

[...] a interpretação jurídica é vista como pretexto para impor aquilo que o intérprete considera como a melhor solução de um conflito social. Quando se afirma que decisivo para aplicação do direito é o “homem” e não o conjunto das normas válidas, esse “homem” poderá decidir aquilo que reputar adequado, segundo preferências e crenças subjetivas.

Pelo excerto acima é possível observar que no pós-positivismo de cunho moralista há um importante aviso: o desejo que o operador do direito, principalmente a classe que opera na sua aplicabilidade – a magistratura – se liberte dos vínculos impostos pelas normas jurídicas vigentes.

Para tanto, a prática interpretativa utiliza no argumento conceitos operacionais que chamam a atenção (justiça, mudanças sociais, equidade etc.) para se desvencilhar dos limites institucionalmente vigentes. É nítido, por exemplo, a crescente produção bibliográfica no sentido de separar qualitativamente regras jurídicas e princípios jurídicos. Os princípios são extremamente abstratos e dão abertura para uma maior atuação discricionária do intérprete, sendo esta sua principal diferença em relação às regras jurídicas: a quantidade de discricionabilidade permitida ao intérprete.

Contudo, o pós-positivismo forja dar superioridade qualitativa aos princípios jurídicos, criando maniqueísmo com as regras jurídicas. Como exemplo, o princípio da justiça aplicado ao caso concreto figura muito melhor que uma regra “fria” e, “em razão disso, o aplicador do direito deveria possuir liberdade de atuação, independente do conteúdo das normas vigentes, no intuito de realizar a justiça no caso concreto.”<sup>152</sup> “Principiologizar” a interpretação jurídica

---

<sup>149</sup> Ibidem, p. 58-63.

<sup>150</sup> Ibidem, p. 60.

<sup>151</sup> Ibidem, p. 60.

<sup>152</sup> Ibidem, p. 62.

é a alternativa à crise do positivismo jurídico que, conforme a análise de Dimitri Dimoulis, tem tido forte adesão tanto na atividade judicial quanto no debate hermenêutico.

A partir de todas as considerações até então feitas, verifica-se que o positivismo jurídico é objeto crise como teoria do direito, principalmente pelo fato de que o pós-positivismo de cunho moralista se apresenta como melhor opção ética, política e jurídica na operacionalização teórica e prática do direito.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O título desta monografia induz que este trabalho não tem a pretensão de, necessariamente, chegar a uma conclusão. A pretensão deste trabalho é muito mais reflexiva, com o objetivo de contribuir para um debate sobre o que vem acontecendo com o positivismo jurídico diante da nova reconfiguração mundial, ou seja, diante do fenômeno neoliberal.

Todavia, para se entender quais as implicações do fenômeno neoliberal sobre o positivismo jurídico e seus pressupostos fundamentais, tornou-se necessário compreender como foi o processo de formação desta teoria do direito e, muito mais, o motivo pelo qual esta teoria foi necessária e fundamental para a manutenção das relações sociais consolidadas no Estado moderno. Para tanto, adentrou-se no processo de formação da ideologia jurídica do Estado moderno, com raízes no século XVII e XVIII.

O Estado moderno foi justificado encontrou suas primeiras justificações nas teorias contratualistas de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau respectivamente. Cada um desses autores estava inserido em um contexto determinado, mas o que os aproximava era o fato de defenderem o nascimento do Estado, uma sociedade civil, a partir de um contrato.

Thomas Hobbes viveu num contexto histórico no qual a monarquia inglesa estava aliada à classe burguesa e tomava, pela via da força, as terras pertencentes à Igreja e às camadas menos favorecidas, para depois vendê-las e inseri-las no sistema capitalista mercantil. A monarquia, por meio da força, tornou a propriedade um bem de oferta limitada e exclusiva, satisfazendo as pretensões burguesas, que acabou como classe detentora dos meios de produção. Hobbes justificou tais medidas, ao dizer que o Estado, formado por um contrato, tem o consentimento de todos os indivíduos para atuar. Ou seja, tudo aquilo que se conquista pela força (o modo de agir do Estado), o direito legaliza. O contrato foi utilizado por Hobbes para justificar o uso da violência pelo Estado para a segurança de uma vida boa, na qual o meu e o teu estão devidamente garantidos. A propriedade, por meio do contrato, estava garantida.

Em contrapartida, as ideias de John Locke foram fundamentais num contexto em que o capitalismo mercantil já estava completamente inserido na Inglaterra do século XVII e a burguesia devidamente instalada na Câmara dos Comuns. Locke defendia que um governo jamais poderia intervir na liberdade dos indivíduos, pois deveria estar sujeito ao Império da Lei, valido igualmente para todos. Os governantes deveriam estar sujeitos à lei tanto quanto os súditos. A sociedade civil, por sua vez, deveria ser formada mediante um contrato pela qual

todos os indivíduos (inclusive os governantes) abdicavam do poder natural (poder para executar a lei natural, conhecida através da razão) passando-o às mãos da comunidade. Dessa forma, segundo Locke, os indivíduos viveriam em segurança, conforto, gozando das propriedades que tivessem, desfrutando de proteção contra quem não fosse proprietário.

Por último, Jean-Jacques Rousseau se alinhou ao pensamento de John Locke, mas na conjuntura da Revolução Francesa. A sociedade civil deveria funcionar una e como um todo, não considerando os cidadãos de forma individual. O cidadão deveria abdicar da liberdade individual (liberdade de fazer o que bem entender como se vivesse sozinho) e, em contrapartida viver sob a liberdade social: assim se constitui o contrato social, o Estado. Diz Rousseau que esse corpo político expressa sua vontade por meio da legislação e o legislador é o guia da sociedade, tendo uma função superior.

Todavia, percebeu-se neste trabalho que estes autores utilizaram conceitos como “liberdade”, “igualdade”, “contrato” e “propriedade” para justificar o Estado moderno de modo a proteger as relações sociais capitalistas e reproduzi-las. O Estado moderno foi construído sobre uma ideologia que tinha como escopo justificar essas relações. Assim, se ao Estado competia resguardar as relações capitalistas, o direito teria de ser reduzido tão só àquele produzido pelo Estado, para cumprir a função de garantir o incipiente mercado e a troca de mercadorias.

No entanto, para reproduzir e proteger essas relações básicas no novo sistema econômico – bem como reprimir movimentos que as contestassem - era necessária uma teoria, que elevasse o direito à condição de ciência, descrevendo-o como ele é, restrita à análise de seu funcionamento e não a divagações sobre sua legitimidade e justiça.

O direito, tal qual o conhecemos hoje, nada mais é do que o produto do processo de luta de ideologias e instrumento necessário para a manutenção do Estado moderno. A teoria do direito ocidental – excluindo-se as teorias contestadoras do sistema - é herança desse processo. O positivismo jurídico, objeto de pesquisa neste trabalho monográfico, faz parte dessa herança. Herança que inicialmente chegou a conceber a substituição da Filosofia do Direito pela Teoria do Direito.

Como visto, o conceito de positivismo jurídico é vinculado à criação da lei pelo legislativo e o juiz como intérprete literal desta lei. O positivismo jurídico, é de ser enfatizado, como teoria, se limita a descrever o ordenamento jurídico como ele é, a realizar sua análise dogmática sistêmica e funcional, e se desvincula da função de qualificar o direito como justo

ou injusto. A construção das normas pelo legislador tem influências morais, políticas e econômicas, como explica Kelsen, mas isso não autoriza o intérprete do direito a avaliar o direito de acordo com a moral. Com isso, quer se dizer que o intérprete, de acordo com o positivismo jurídico, não pode deixar de aplicar a lei porque a considera injusta. Corrigir a lei com base em critérios morais é incompatível com o positivismo jurídico, pois não considera a moral como fonte autônoma do direito. Em síntese, percebeu-se que o positivismo jurídico sugere um sistema jurídico rígido e hierárquico.

Todavia, principalmente por meio da análise de Dimitri Dimoulis, verificou-se que, a partir de finais do século XX, o positivismo jurídico vem sofrendo críticas justamente por não submeter o direito a princípios e valores morais, condicionando a validade do direito à sua vinculação moral. As novas doutrinas e teorias do direito vêm propagando a desnecessidade de regras pré-estabelecidas, pois são regras que, em determinados casos, não vinculam à moral. Por isso, incumbe ao interprete essa vinculação.

Essa vinculação vem sendo encorajada na atividade do intérprete, ampliando sua discricionariedade. Tais doutrinas se autodenominam pós-positivistas e, salvo algumas ressalvas, se colocam como teoria do direito contemporânea, superando o positivismo jurídico.

A partir das leituras e discursos jurídicos que vêm sendo propagados tanto em bancos universitários como em órgãos institucionais no Brasil, neste trabalho, entendeu-se necessário pensar o contexto político e econômico em que estão inseridas as teorias pós-positivistas, pois, como defende José Eduardo Faria, é impensável pensar o direito sem o contexto econômico da humanidade.

Viu-se que positivismo jurídico nasceu da necessidade de proteger e reproduzir as relações capitalistas ideologicamente justificadas no século XVII e XVIII, todavia, são essas mesmas relações que as teorias pós-positivistas protegem? O sistema capitalista permaneceu o mesmo? Se o paradigma de relações sociais e econômicas muda drasticamente é determinante a mudança de paradigma jurídico?

O capitalismo tal qual idealizado nos séculos XVII e XVIII encontrou seu esgotamento com o advento de duas guerras mundiais, crises econômicas de nível mundial e a impossibilidade de sustentar um Estado de Bem-Estar Social. A classe dominante, não mais a burguesia mercantil e industrial, mas os líderes econômicos mundiais viram que suas pretensões econômicas não poderiam mais ser satisfeitas nos moldes do velho capitalismo. As barreiras regulatórias do Estado, por exemplo, não poderiam impedir mais o crescimento econômico em

nível mundial dos grandes conglomerados econômicos. As barreiras regulatórias dos Estados são justamente suas normas jurídicas.

Essa nova alternativa de capitalismo tornou-se nítida a partir dos anos setenta, com a crise do petróleo, e passou a ser denominada de neoliberalismo. O neoliberalismo se mostrou como novo paradigma econômico, reconfigurando a forma de governar dos Estados, demandando a transnacionalização de mercados e a consequente flexibilização de barreiras regulatórias que limitassem a circulação de capital. Os antigos paradigmas estatais – a soberania do Estado nacional, a monopolização de produção jurídica estatal, a territorialidade e o constitucionalismo liberal – entraram em colapso, pois eram incompatíveis com o novo paradigma econômico.

O fenômeno neoliberal, para além de inserir todas as relações humanas no domínio do mercado, teria que sustentar a nova reconfiguração econômica e barrar qualquer prática que dificultasse ou impusesse entraves, mesmo em nome da Justiça Social, ao crescimento dos setores dominantes do mercado, estendendo-se essa barreira até mesmo à produção de normas jurídicas pelos Estados soberanos. As decisões econômicas – que são fundamentais para o direito – passaram a ser tomadas fora dos territórios estatais e estes precisavam se adequar àquelas decisões. Nesse novo contexto econômico, as teorias do direito até então preponderantes tiveram que ser readequadas.

Nessa conjuntura, o positivismo jurídico passou a ser deslegitimado, pois seus pressupostos como hierarquia normativa, poder constituinte e separação entre direito e moral se tornaram incompatíveis com as demandas do paradigma econômico neoliberal. Decretou-se, como visto neste trabalho, a necessidade de superação do positivismo jurídico por meio de um discurso de cunho moral: o direito não deve estar desvinculado da moral, valores éticos e da justiça social. Todavia, por ser o sistema legal um sistema a princípio rígido no qual suas normas não são facilmente elaboradas (para elaboração de uma norma, ela deve passar pelo lento processo legislativo incumbe ao intérprete do direito o papel de adequar o direito à tais valores. E para o direito alcançar valores morais, éticos e de acordo com a justiça social, possibilita-se ao intérprete de ir além e contra a norma jurídica. Em outras palavras, o interprete tem a possibilidade de ignorar a norma jurídica posta em nome de valores morais, possibilitando uma eficácia imediata e concreta desses valores. Permite-se uma leitura moral do direito, fazendo do intérprete um legislador.

Permitida a função legislativa do intérprete, que pode, em nome de valores morais, ir além e contra a norma jurídica, torna-se mais fácil barrar qualquer norma que não se adeque à moral e à ética neoliberal. Nesse contexto, para o neoliberalismo qualquer sistema de legitimação rápida – as transações de mercado demandam momentaneidade e rapidez – mesmo que derroque o referencial normativo tradicional, é válido. Todavia é necessário que essas legitimações assumam o aspecto morais, éticos, e de justiça social. É roupagem do neoliberalismo no direito.

Entre a via legislativa tradicional que demanda tempo e a decisão rápida do intérprete que está livre para divergir do direito posto, o neoliberalismo prestigia a última alternativa. É justamente o que as teorias pós-positivistas propagam: um intérprete que não tenha os limites impostos pela fria letra da lei, lei que, no atual contexto econômico, não se demonstra mais eficaz para atender as demandas do mercado global... o verdadeiro legislador do século XXI.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito**/tradução e notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

DAVID, Rene. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

FARIA, José Eduardo. **Derecho en la economía globalizada**/traducción de Carlos Lema Añón. Editorial Trotta: Madrid, 2001.

HARVEY, David. **O neoliberalismo: história e implicações**. 4 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**/ tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979

HUNT, E. K.; SHERMAN, H. J. **História do pensamento econômico**; tradução de Jaime Larry Benchimol. 25 ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**/tradução de João Baptista Machado 6 ed. Coimbra: Arménio Amado Editora, 1984.

LEVY, Madelein e R.; TIGAR Michael E. **O direito e a ascensão do capitalismo**/ tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano**/ tradução de AnoarAiex e E. Jacy Monteiro. 2ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social; Ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; Discurso sobre a ciência e as artes**/ tradução de Lourdes Santos Machado. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.