

**NEOPOSITIVISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO E O
NEOPROCESSUALISMO: O QUE HÁ REALMENTE DE NOVO NO
DIREITO?**

Gisele Leite

Mestre em Direito pela UFRJ, Mestre em Filosofia pela UFF e Doutora em Direito pela USP. Pesquisadora-chefe do Instituto Nacional de Pesquisas Jurídicas. Professora universitária.

Resumo: O texto busca situar o neopositivismo, o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo, apontando o que há de novo e inédito no Direito. E propõe a revisitação de valores e a reflexão atenta sobre o direito contemporâneo.

Abstract: The text attempts to situate the neopositivism, and the neoconstitucionalismo e neoprocessualism, pointing out what's new and a unprecedented in the law. He proposes to revisit the values and a careful reflection on the contemporary law.

Palavras-Chave: Neopositivismo, neoconstitucionalismo, neoprocessualismo. Direito Constitucional brasileiro. Regras. Princípios. Normas constitucionais.

Keywords: Neopositivism, neoconstitutionalism, neoprocessualism. Constitutional Law in Brazil. Rules. Principles. Constitutional requirements.

1. Introdução:

Tema muito debatido é a falência do positivismo jurídico, posto que deixou de ser forma adequada de compreender o direito e veio a sofrer uma derrota histórica¹. Tal falência naturalmente refere-se ao positivismo clássico.

Aliás, é comum que muitos doutrinadores se dizerem “pós-positivistas” na atualidade, sem nem mesmo compreenderem as múltiplas facetas do positivismo, muitas vezes confundindo tal movimento com a mera aplicação da literalidade da lei.

Os grandes opositores do positivismo alegam que a constitucionalização contemporânea de princípios implica na argumentação moral e que sua adjudicação torna inviável a separação entre o direito e a moral (que sempre representou a viga mestra da tese juspositivista).

E os constitucionalistas e estudiosos brasileiros se socorreram dos ensinamentos de Alexy e Dworkin que apontam a conexão necessária entre o direito e a moral consagrando uma vasta abordagem antipositivista.

O termo “pós-positivismo” foi difundido no Brasil a partir da leitura de Albert Calsamiglia sendo atualmente corrente entre nós. Já “neoconstitucionalismo” é termo oriundo da Espanha e Itália e muito presente na literatura nacional é muito influenciada por Miguel Carbonell.

Erroneamente os termos pós-positivismo² e neoconstitucionalismo no Brasil são considerados como sinônimos, porém trata-se de significados distintos, pois o neoconstitucionalismo reúne a proposta antipositivista enquanto que o pós-positivismo abarca apenas as teorias tais como de Alexy e Dworkin (conforme nos ensina Barroso

¹ Na esfera jurídica, a primazia da pessoa com fundamento na dignidade configura-se como resposta à crise do positivismo jurídico, desencadeada pela derrota dos nazifascistas, uma vez que tais movimentos políticos e militares se ampararam na legalidade para promover os horrores do holocausto e difundir práticas de barbárie em nome da lei. (PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In LEITE, George Salomão (org.) Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p.188).

² A maioria dos doutrinadores entendem ser equivalentes pós-positivismo e neopositivismo.

trata-se de designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais...).

O Direito notadamente a partir da segunda metade do século XX não cabia mais dentro do positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao atual estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto de desconstrução, mas sim como superação do conhecimento convencional.

Evidentemente o positivismo inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas neste reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim uma volta aos valores, enfim uma reaproximação entre ética e Direito.

Os estudos jurídicos bem como o pensamento científico sofreram após a Segunda Grande Guerra profundas transformações pela demonstração evidente da crise da relação jurídica moderna.

Inerentemente da impositiva força das doutrinas tradicionais, os fenômenos emergentes da sociedade, especialmente as inovações tecnológicas provocaram o surgimento de novas questões e conflitos principalmente referente a constituição do Estado democrático e a natureza ímpar da decisão judicial.

A ebulição da discussão teórica sobre o fenômeno jurídico promover a freqüente reavaliação dos estudos jurídicos e nem mesmo Hart não escapou da influência idealista bem aqueles que lhe sucederam, sendo impossível negar o compromisso positivista com a perspectiva legalista estrita, comprometida com aspectos sintáticos e semânticos da linguagem jurídica mas com sua perspectiva pragmática, privilegiando não

propriamente o texto legal, mas também o papel do intérprete julgador e dos operadores do Direito e os usos e funções institucionais da linguagem.

Em verdade, o termo “neoconstitucionalismo” denota mais um âmbito do que necessariamente uma concepção de direito unitária, coerente e bem estruturada.

Várias teorias de direito oriundas de diferentes tradições de investigação e até consideradas antitéticas entre si, são também alcunhadas de “neoconstitucionalistas”. Como exemplos citamos: as teses de Carlos Santiago Nino, Wilfrid Waluchow e Luigi Ferrajoli.

Por outro lado, temos as teses escrachadamente antipositivistas como a de Ronald Dworkin³, Robert Alexy e Gustavo Zagreblesky. Sem dúvida, esse novo direito constitucional é o pós-positivismo principalmente por enxergar ao invés de simples oposição a necessária complementaridade em referência ao jusnaturalismo.

Há, portanto, a sublimação dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias agrupadas sob mesmo genérico rótulo e *nomen* de positivismo. Portanto, existem positivismos.

Frequentemente o positivismo jurídico é associado ao poder de regimes totalitários havidos na Europa notadamente o fascismo e o nazismo. E, seu declínio *ipso facto* restou emblematicamente ligada à derrota a tais odiosos regimes.

³ A teoria de Dworkin está assentada em uma teoria moral e política mais geral. Isso porque se reduzirmos a distinção entre regras e princípios como separação de padrões normativos que compõem o direito, teremos que reconhecer que foram dados muitos poucos passos de Jeremy Bentham para cá na Teoria do Direito. Dworkin cogita de princípios em sentido amplo e em sentido estrito. No sentido amplo, princípios seriam padrões que não se assemelham às regras. No sentido estrito, princípios seriam padrões que além de serem diferentes das regras também o são das políticas. Essas dizem respeito à promoção de um fim social. Àqueles são observados, não porque implementam ou asseguram uma situação social, política ou econômica desejável, mas por serem uma exigência da moral política. A diferença “qualitativa” entre regras e princípios não foi aceita sem reservas por alguns importantes teóricos.

Tal argumento fora defendido com o fim da Segunda Grande Guerra por Gustav Radbruch e Füller e fora combatido por Hart⁴.

A superação do positivismo tem sido lema recorrente na teoria de direito no Brasil, reconhece-se que se trata de tese moribunda e que não mais atende ao exigente e complexo perfil contemporâneo dos ordenamentos jurídicos atuais. Evidentemente nos referimos ao positivismo clássico, puro ou original.

Portanto, analisar o estandarte positivista que tanto consagrava o divórcio absoluto entre direito e moral é objeto da história do direito e perceber que este não é mais aplicável.

A crítica da doutrina brasileira perfaz uma visão quase caricatural do positivismo o que exclui uma mais ampla visão do problema em particular da obra “O Conceito de Direito” de Herbert Hart⁵.

Um dos grandes desafios para melhor entendimento do positivismo jurídico reside em enfrentar a multiplicidade de teses que tentam explicá-lo. Apesar de existir núcleo coincidente e central nessas teses positivistas, o que justifica o enquadramento de pensamentos tão distintos como o de Bentham, Kelsen, Hart, Raz e Coleman sob a mesma denominação de “positivistas”.

Pretendo sinteticamente tratar sobre as diferentes correntes positivistas que possuem três teses básicas, a saber: a tese das fontes sociais, a tese da separação e a tese da discricionariedade.

⁴ Para melhor entender o pensamento de Hart é crucial ter em mente que o professor de Oxford era um liberal. Insurgiu-se contra a pena de morte, contra a perseguição das pessoas pela sua preferência sexual, a favor do direito ao aborto, entre outros. Além de liberal, Hart era um convicto defensor da democracia e, sua concepção de Direito está vinculada à defesa do Estado democrático e, sobretudo, dos valores de tolerância e liberdade.

⁵ Na obra “*O conceito de direito*” Hart se enfrenta com o questionamento mais inquietante de toda e qualquer teoria jurídica, qual seja a pergunta: o *que é o Direito?* Segundo sua opinião, para encarar este questionamento é necessário saber: (1.º) em que se diferencia o Direito das ordens respaldadas por ameaças; (2.º) em que se distingue a obrigação jurídica da obrigação moral; (3.º) que são as normas jurídicas e, em qual medida, o Direito é uma questão de normas. Em outras palavras, alguns dos problemas fundamentais da teoria jurídica encontram-se no âmbito das relações entre: o Direito e a coerção, o direito e a moral e o Direito e as normas.

A tese das fontes sociais aponta que a existência de direito em certa sociedade depende de um conjunto de fatos sociais, ou seja, de práticas ou ações realizadas por membros da sociedade.

A tese da separação aponta que a validade da norma jurídica, isto é, o fato da norma pertencer a certo sistema jurídico não requer validade moral e, esta por sua vez, não se funda na validade jurídica.

A tese da discricionariedade⁶ prevê que as normas não regulam todos os comportamentos. E, se a lei aplicável é indeterminada os juízes possuem o poder discricionário para criar a norma *in concreto*, individual que apontará o que deve ser feito no caso concreto.

A grande interseção entre as variadas teses positivistas é a crença de que a validade de uma norma deve ser feita em referências às práticas humanas.⁷

O direito é o positivado e alguns doutrinadores enxergam como as variadas teses positivistas correspondem às diversas leituras das fontes sociais do direito, na adição e/ou supressão de outras teses nesse núcleo central de reivindicações. Vigia ainda a polêmica que tanto divide os positivistas sobre a tese do incorporativismo.⁸

As variadas interpretações surgiram por conta do debate havido entre Hart e Dworkin e resultaram numa prolífera desavença⁹ dentro da teoria juspositivista.

⁶ Uma das principais críticas a Hart é feita por Dworkin está no fato de reconhecer o poder discricionário dos tribunais perante casos concretos controvertidos onde exerceriam também o papel de criador de direito. Para Dworkin, não há a criação de novo direito, e sim, a tarefa de descobrir o direito que se achava oculto até então. Nesse sentido basta observar as limitações impostas ao mandado de injunção pelo STF, portanto a atuação de restringir-se aos limites de legalidade, evitando o desrespeito pelos julgadores do princípio da legalidade, da irretroatividade posto que signifique ameaça à segurança jurídica.

⁷ Consequentemente, a Constituição atual, prenhe de valores, passou a ser vista como um *sistema aberto de princípios e regras*, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.

⁸ A discussão sobre a incorporação da moral positivismo jurídico que possui fontes muito além do ceticismo moral ou do originalismo para contrapor-se à perspectiva dos direitos fundamentais.

⁹ Sobre a famosa contenda entre Dworkin e Hart, é importante destacar que foi capaz de: (a) expor algumas debilidades do positivismo jurídico; (b) revelar a grande capacidade intelectual de Hart para contra-arrestar as críticas de Dworkin e de outros renomados juristas; (c) ultrapassar as fronteiras do pensamento jurídico anglo-saxão influenciando o Direito e a teoria jurídico-filosófica de outros países

O termo “neopositivismo”¹⁰ surgiu com a tradução literal da expressão “*New Legal Positivism*” que fora desenvolvida por Anthony J. Sebok. Esse novo positivismo legal propunha ressaltar a emergência da forma moderna de positivismo que pretende responder às provocações de Dworkin, baseadas no argumento empírico de que existem na prática jurídica dos Estados Constitucionais atuantes princípios jurídicos consubstanciando padrões morais, sem resvalar num ceticismo moral ou em teses originalistas de interpretação.

O conceito de regra é fundamental para Hart, e em sua visão, corresponde à convergência de hábitos de conduta em sociedade somado a uma postura crítica em relação ao mesmo hábito, o que o doutrinador denominou de “ponto de vista interno” (que só pode ser captado por um participante que aceita na regra como razão para agir e para criticar a ação dos outros).

Exemplificando, um observador pode perceber o que é comum nos transportes coletivos que os jovens cedam seus assentos aos idosos. Daí ser razoável deduzir que toda vez que ingressar um idoso no transporte coletivo lotado este, irá encontrar alguém que lhe ceda o assento.

Porém, o ponto de vista do observador não justifica a idéia de obrigação (que só pode ser explicada considerando-se o ponto de vista interno descrito por Hart). Essa é a noção de regra primária deste doutrinador, que é um padrão de conduta que gera uma obrigação.

Tal noção atende indistintamente a todos os sistemas de regras sociais, como os jogos, a moral e o direito. Distingue Hart vários sistemas de regulação moral e o que caracteriza os complexos sistemas jurídicos é a existência e o relacionamento de regras de dois tipos diferentes.

proporcionando, desta forma, novas ferramentas para compreender as mudanças na interpretação e na prática do Direito.

¹⁰ Note-se que o termo neopositivismo foi também utilizado pelo Professor Antônio Cavalcanti Maia para definição dos positivistas inclusivos, ainda que, como afirmado, ele o tenha feito na falta de categorização consolidada.

Ao lado das regras primárias, os sistemas jurídicos modernos precisam incorporar regras de outra ordem, as chamadas regras secundárias (as metarregras) que definem a existência e o funcionamento das regras primárias.

Segundo Hart, a união de regras primárias e secundárias¹¹ está no centro de um sistema jurídico. Conclui-se que a mera observação e repetição de hábitos não geram um conhecimento seguro da existência e do conteúdo de regras sociais (o que traduz o problema da incerteza vivida por sistemas compostos unicamente por regras primárias).

A solução para Hart¹², para se obter a chave da tese da separação estaria na introdução da regra de reconhecimento que serve para identificar as regras válidas e de outras fontes de obrigações jurídicas. É a regra do reconhecimento da última norma que fornece os critérios de validade para as demais regras.

No *common law* a regra de reconhecimento, na visão de Hart significa que aquilo que a rainha no Parlamento britânico aprova é o direito. Já num ordenamento jurídico como nosso, onde o ápice da hierarquia normativa é ocupado pela Constituição, portanto a regra de reconhecimento é aquilo que o constituinte originariamente promulgou é o direito, recordando que as demais regras jurídicas retiram sua validade do texto constitucional.

2. Desenvolvimento:

Retornando ao tema da separação do direito e a moral, podemos distinguir com base nas fontes, as regras dos dois sistemas. A regra jurídica possui como fonte sempre outra

¹¹ Portanto, os princípios ao alcançarem o relevante *status* de normas jurídicas e repousarem no privilegiado patamar constitucional, os princípios enfim se libertaram daquela velha idéia de que detinham apenas valia ética, passando a ostentar mesmo plena vinculatividade jurídica. Em razão disso, a teoria do direito precisou estabelecer a atualmente a tão divulgada distinção dogmática entre *regras* e *princípios*, enquanto espécies do gênero norma.

¹² Herbert Lionel Adolphus Hart em sua obra intitulada “*Positivism and the separation of law and morals*” produz o ápice do desenvolvimento teórico do positivismo jurídico, especialmente quanto a separação entre direito e moral e sua relação com a obediência às leis.

fonte igualmente jurídica que lhe confere validade, e ao final da cadeia, está a regra de reconhecimento que diz, afinal o que é o direito.

O homicídio é regra prevista no art. 121 do Código Penal Brasileiro e fora elaborada como regra jurídica respeitando os critérios para edição de leis conforme prevê nossa Constituição Federal.

Concluímos então que o princípio constitucional da legalidade é a base do Estado Democrático de Direito e afirma que só há obrigação de fazer ou não fazer em virtude de lei assim, caso cometa homicídio irei sofrer as sanções previstas pelo legislador.

É a aceitação da regra de reconhecimento que faz nascer o dever de se seguir os preceitos normativos constitucionais (e tal regra de reconhecimento não está sujeita a mesma verificação) é uma questão de fato.

Ressalte-se que nenhum teórico positivista jamais negou que o direito tem ligação com a moral. Ao longo dos tempos, as variadas propostas apenas formulariam reivindicações em maior ou menor grau de autonomia conceitual ou metodológica entre os dois sistemas de regulação social.

Exatamente contra essa separação entre direito e moral se insurgiu Dworkin (um dos mais ferrenhos críticos de Hart), pois entende que a noção preconizada pelos positivistas de ordenamento jurídico deixa de reconhecer a existência de princípios como fontes de obrigação jurídica. Não são identificáveis como num teste de *pedigree*¹³.

Dworkin, em seu brilhante artigo intitulado “Modelo de Regras” afirmou o seguinte, *in litteris*:

¹³ Podemos definir a *pedigree thesis* como aquela cujo núcleo reside em duas proposições: a compreensão do direito de uma comunidade como sendo o conjunto de suas regras e a compreensão de que, em qualquer sistema legal, existe uma regra suprema que distingue o que é direito do que não o é. Essa tese é, portanto, uma tese de identificação daquilo que conta direito em certa comunidade, trata-se de critério de fonte social.

“(…) quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicas, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o positivismo é modelo *de* e *para* um sistema de regras e que sua noção central em um único teste fundamental para o direito, nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.”

Ademais, esses princípios levariam o aplicador do direito a realizar juízos em torno de questões morais para solucionar casos jurídicos difíceis, seria imperioso abandonar a teoria da separação absoluta entre direito e moral.

E, Dworkin veio a elaborar posteriormente sua própria concepção de direito que denominou “direito como integridade (onde sustenta que a identificação do direito depende necessariamente de uma avaliação moral (ou seja, a teoria da conexão necessária entre direito e moral)).

Assim o direito como integridade possui proposições jurídicas que serão verdadeiras quando constem ou derivem dos princípios de justiça, equidade, devido processo legal e que oferecem melhor interpretação construtiva da prática jurídica da sociedade.

É um grande desafio teórico do positivismo para tanto é necessária a reinterpretação da tese de separação entre direito e a moral. A primeira premissa considerava que a identificação do que é o direito não pode depender de critérios ou argumentos morais.

Nesse sentido é célebre a fórmula proposta por Joseph Raz¹⁴ mesmo quando a norma jurídica indica ao julgador, considerações morais para a resolução do caso concreto, isso

¹⁴ Propõe Raz uma posição intermediária entre a pressuposição de uma norma imaginária e a observação da realidade social, para quem o fundamento de validade de um ordenamento jurídico se encontra na *ultimate legal rule*, uma norma cuja existência efetiva pode ser provada pela observação da realidade social em determinado local e momento.

não incorpora a moralidade ao direito, e a norma será válida em razão de suas fontes e, não por seu conteúdo moral.

É razoável afirmar que os julgadores aplicam padrões morais para dirimir conflitos de interesses, sem que reconheçamos que tais padrões integrem a ordem jurídica.

Nesse sentido, os limites do direito¹⁵ se estendem até as regras que permitem a aplicação de critérios exteriores à ordem jurídica para solução de conflitos pelas autoridades.

Em razão de apontar a total inerência dos critérios de identificação do direito face à avaliação moral, tal vertente foi denominada de “positivismo duro” ou “positivismo exclusivo”¹⁶.

A segunda tese positivista que é chamada de positivismo inclusivo que afirma: “a identificação do que é direito não depende necessariamente de critérios ou argumentos morais embora possa circunstancialmente fazê-lo”.

Francamente admite que o direito possa depender de critérios morais e, assim converge com a opinião de Dworkin quando afirma que as constituições modernas fazem o raciocínio jurídico se confundir com o raciocínio ético.

O que não redunde que o direito e a moral sejam necessariamente vinculados. A incorporação ou inclusão da moral ao direito, nesse, sentido corresponde à mera verdade contingente.¹⁷

¹⁵ Como é sabido, o neoconstitucionalismo pode ter diversas leituras e interpretações, conforme as teorias de Dworkin, Alexy e Zagrebelsky, entre outros onde a interpretação da norma jurídica pelo modelo positivista de um Estado legalista, torna-se mais flexibilizada por meio da valorização dos princípios constitucionais e pela universalização de certa visão moral da constituição.

¹⁶ Esse positivismo assentava na ideia geral de que o direito era posto (no duplo sentido de **im-posto** e **pré-posto**) pelo poder legislativo (grifo nosso).

¹⁷ Na filosofia contemporânea em particular a francesa como a de Boutroux o termo contingente passou a ser sinônimo de não-determinado, isto é, livre e imprevisível.

Pelo positivismo inclusivo seria viável, que há separação conceitual entre o direito e a moral, o que alguns autores denominaram de possibilidade lógica.

E tal tese se baseia na defesa de Hart contra os ataques de Dworkin, ressalta que ser seu positivismo moderado e não meramente factual.

Um dos maiores defensores do chamado positivismo inclusivo ou incorporacionista é o professor Jules Coleman que o define *in verbis*: “é a sustentação de que o positivismo permite ou admite testes substantivos ou morais de legalidade; isto não corresponde à visão de que o positivismo requer tais teses.”¹⁸ (In COLEMAN, Jules. *The Practice of Principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory*. New York. Oxford Univesity Press, 2001, p.108).

Em outra tese, a intenção é apresentar programa político pois em vez de descrever como o direito **é**, trata de tentar descrever como o direito **deve ser**. Por isso, talvez seja denominado de positivismo normativo. (grifo nosso)

Já pelo positivismo ético¹⁹ defende o autêntico positivismo inclusivo só existe quando a separação entre o direito e a moral for conceitualmente possível.

E pressupõe que uma das típicas funções do direito é o estabelecimento de regras de conduta claras e precisas, a fim de facilitar o planejamento e a execução dos planos individuais de vida.

¹⁸ Chama-se de positivismo jurídico *inclusivo*, por admitir a possibilidade de que um dado sistema jurídico possa incluir a moral entre seus critérios de juridicidade (DIMOULIS, 2006, p. 137). Oposto a este, encontra-se o positivismo jurídico *exclusivo*, que refuta qualquer possibilidade de influência da moral sobre o direito — aceita rigidamente a tese da separação entre direito e moral (DIMOULIS, 2006, p. 135).

¹⁹ O positivismo estriba-se na separação entre ser e dever ser. Para o positivismo ético o direito, portanto, tem sempre um valor, mas, enquanto para a sua versão extremista, trata-se de um valor final, para a moderada trata-se de um valor instrumental.

Reparem que guarda íntima relação com o ideal liberal de autonomia individual. É falácia da literatura jurídica nacional a decretação do óbito do positivismo e a evidente pluralidade de teses positivistas só justificam seu vigor.

A tese juspositivista sobre a separação entre o direito e a moral, é defensável e até preferível do ponto de vista político. A locução “positivismo jurídico” não indica uma única concepção do direito, mas uma pluralidade de concepções nem sempre compatíveis. Kelsen centra seu positivismo na ideia de que todo o direito é o direito positivo, produto humano historicamente contingente.

Mas o ordenamento jurídico é essencialmente sistema de coerção por expressão de vontade de uma autoridade humana. Consequentemente, o positivismo jurídico é objeto de estudo da ciência jurídica, correspondendo ao direito positivo.

Para tanto deseja preservar a diferença ou contraposição existente entre justiça e direito, que é antítese explícita que há na separação entre a filosofia do direito e a ciência do direito²⁰.

Dois são os temas metodológicos do Direito, segundo Kelsen, a definição do conceito de direito, devendo-se evitar definições políticas que relacionem o direito com determinada concepção de justiça.

Outra questão crucial é a distinção conceitual entre os problemas do valor e da validade do direito. Pela teoria do direito, o positivismo se identifica segundo Bobbio com cinco características basilares:

- a) direito como sistema de normas cuja validade foi imposta com emprego da força e cujos mandamentos visam regulamentar o uso da força;
- b) as normas jurídicas são comandos;
- c) a lei é a fonte suprema de produção do direito;

²⁰ O direito é reconhecido como um ordenamento normativo que serve para se atingir determinado valor. Este valor varia de filósofo para filósofo.

- d) o ordenamento jurídico é completo ou pode ser completado e coerente;
- e) a interpretação do direito é atividade de cunho essencialmente lógico.²¹

Duas características estão presentes no núcleo comum conceitual do positivismo jurídico, a saber: 1ª) a necessidade e possibilidade de distinguir taxativamente entre o direito como fato e o direito como dever- ser. E, 2ª) a partir dessa distinção, considerar que o objeto da ciência jurídica positivista é restrito ao que o direito é.

Deduzimos que a definição conceitual do positivismo resulta de duas teses, uma ontológica (que afirma que todo direito é o direito positivo) e a tese metodológica que impõe distinguir entre a descrição do direito positivo e as posturas (positivas ou negativas) de aceitação ou rejeição do direito vigente.

O neoconstitucionalismo conduz a remoralização do fenômeno jurídico, mitigando a separação entre o direito e a moral. Aliás, como o direito é fato social, este não poderá ser analisado de forma neutra e isolada, necessitando de avaliar os valores que permeiam toda sociedade.

A remoralização do direito decorre da necessidade de se garantir maior legitimidade ao ordenamento jurídico. Portanto em razão dos preceitos morais, o ordenamento jurídico passa a operar com certos parâmetros de justiça o que *ipso facto* confere maior justificação aos seus postulados.

O fato da maioria das normas constitucionais serem principiológicas contribuiu decisivamente para sua valoração, posto que os princípios funcionem como mecanismo de calibração para a incidência de vetores morais sobre o fenômeno jurídico.

21

Assim, a moral e a política, bem como quaisquer outros elementos da realidade, não devem orientar o reconhecimento ou a interpretação do direito, salvo quando o próprio sistema jurídico adote expressamente critérios desta natureza que, no final das contas, os realocam para o domínio do direito positivo, e não mais da moralidade ou da política; Portanto, no plano da interpretação, a norma deve ser compreendida e aplicada ao caso, em um processo lógico-subsuntivo, deduzindo-se a solução do sistema jurídico completo e coerente através da interpretação (mormente de textos). As valorações subjetivas do intérprete não devem influenciar a interpretação, uma vez que tal atividade valorativa é realizada no seio da autoridade criadora da norma. Disto denota-se uma exigência de maior *objetividade* da interpretação.

E, podem os princípios por sua variação qualitativa acompanhar mais eficazmente as modificações sociais, permitindo a incorporação dos vetores morais ao ordenamento jurídico.

Permite a valoração da Constituição de forma destacada porém não significa a limitação ao legislador em razão da obrigatoriedade de executar a carga axiológica determinada²². De sorte que com sua valoração abrangente sobra maior espaço para os legisladores ordinários determinem a lei mediante cada caso concreto, propondo a escorreita definição de valor tutelado, contendo enfim, apreciável margem de discricionariedade.

Com a reavaliação da sociedade os parâmetros de justiça que antes eram externos passam a ser internos. A interpretação da Constituição erige-se em ponto localizado exatamente entre o discurso jurídico e o discurso moral, porém deixa de ter o papel da cláusula de encerramento do sistema.

Os direitos fundamentais representam os mais importantes elementos para a configuração do neoconstitucionalismo²³. Por essa razão as liberdades individuais ocupam lugar de destaque nas novas Constituições havendo um deslocamento do enfoque mercantilista, para o enfoque social onde prepondera o humano e seus interesses.

²² A pureza da ciência do direito, portanto, decorre da estrita definição de seu objeto (corte epistemológico) e de sua neutralidade (corte axiológico). In: BERNARDES, Márcio de Souza. A compreensão do Direito nas matrizes neopositivista e pragmático-sistêmica. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5624/a-compreensao-do-direito-nas-matrizes-neopositivista-e-pragmatico-sistemica#ixzz1qqej48GY> Acesso em 21 de março de 2012.

²³ A atual fase do pensamento jurídico recebeu o nome do neoconstitucionalismo que expõe certa vagueza, e por essa razão há autores que se referem aos vários neoconstitucionalismos (que é fenômeno heterogêneo com podemos observar Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino).

3. Conclusão:

Acirra-se a crise do positivismo na medida em que as normas exaradas nas decisões judiciais não são determinadas *a priori*, mas sim construídas pelo intérprete. E principalmente porque o direito interpretado pode distanciar-se do direito posto, exarado na fria letra da lei.

Cabe à comunidade jurídica e a comunidade acadêmica juntas procurar através de diálogos refletirem mais sobre as estruturas e mecanismos para conceder maior efetividade às normas para materializar a promessa solene que é vigente na Constituição Federal Brasileira que é de construir um autêntico estado social democrático de direito.

Em verdade a história do pensamento jurídico costuma desenvolver-se em movimento pendular e tal como num cabo de guerra, para no final chegar-se ao equilíbrio das correntes doutrinárias.

Cogita-se no surgimento do neoprocessualismo que trata do estudo e aplicação do direito processual de acordo com novo repertório teórico que corresponde à quarta fase da evolução do direito processual²⁴ onde apesar de mantidas as conquistas do processualismo e do instrumentalismo²⁵.

Evidentemente o neoprocessualismo nos remete forçosamente ao neoconstitucionalismo que produz a salutar revisão das categorias processuais a partir de novas premissas teóricas, principalmente a destacada importância dos valores constitucionalmente

²⁴ A evolução histórica do direito processual costuma ser apontada em três fases. A primeira correspondente ao praxismo ou sincretismo, onde não havia distinção entre processo e direito material; a segunda fase chamada de processualismo onde se demarcam as fronteiras entre o direito processual e o direito material, e as categorias processuais conhecem o desenvolvimento científico; e a terceira fase chamada de instrumentalismo que embora se reconheça diferenças funcionais entre direito processual e material, se estabelece entre estes uma relação de interdependência e complementaridade, posto que o direito processual concretiza e materializa o direito substantivo, o vale dizer que o primeiro dá sentido instrumental ao segundo.

²⁵

A teoria instrumentalista do processo centrava suas atenções principalmente na celeridade com que o Estado se desincumbe do mister de julgar, tendo como características primordiais resultados práticos, estudando o processo sob o ângulo quantitativo e cronométrico, primando pela quantidade e rapidez, visando a sua finalidade no provimento final (base teleológica) sem se preocupar com a construção gradativa, pelas partes, tanto autor quanto do réu, em contraditório e em equilíbrio, deste provimento final

protegidos na pauta dos direitos fundamentais na construção e aplicação de um formalismo processual.

O neoprocessualismo já foi considerado como um formalismo ético na expressão de Rodrigues Urbes. A constitucionalização do direito processual é, sem dúvida, uma das características marcantes do direito contemporâneo.

Posto que opere a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais incluindo os direitos fundamentais. O principal exemplo é o direito fundamental ao processo devido a todos seus pertinentes corolários tais como contraditório, juiz natural, proibição de prova ilícita e, etc.

E, por outro lado passou-se a verificar que as normas constitucionais infraconstitucionais são concretizadoras das disposições constitucionais. Assim é cada vez mais intenso o diálogo instaurado entre os processualistas e constitucionalistas. E a prova disso é o vistoso aprimoramento da jurisdição constitucional onde se admite a intervenção do *amicus curiae*, é a realização de audiências públicas.

O neoprocessualismo possui como símbolo a obra de Luiz Guilherme Marinoni embora o autor não utilize o termo, mas mesmo assim propõe importante reflexão sobre as categorias fundamentais do direito processual (como a jurisdição, a ação, defesa e processo).

Além disso, a renomada obra de Marinoni contém um capítulo dedicado ao neoconstitucionalismo com ênfase na teoria dos direitos fundamentais²⁶. Aliás, não me canso de recomendar a leitura desse doutrinador seja nas hordas da graduação como na de pós-graduação.

²⁶ Com destaque para o movimento do Acesso a Justiça que mudou as bases do pensamento processualista. Assim divide-se em três ondas: 1ª. Assistência Judiciária: Não vale um sistema formal onde varias pessoas não tem acesso à justiça.; 2ª. Ações em massa: Vivemos em sociedades de massa com conflitos de massa, não há como tratar a questão ambiental quando se fala em Direitos individuais; 3ª. Tornar o processo mais célere: Cogita-se então sobre os mecanismos alternativos de composição de conflitos, pretende-se aliviar a carga do judiciário.

Há uma peculiar feição do direito pátrio pois seu sistema constitucional é de inspiração norte-americana, daí a expressa consagração das garantias constitucionais, como por exemplo, o devido processo legal. Porém vivenciamos um gritante paradoxo de influências do sistema jurídico brasileiro.

Já o direito infraconstitucional principalmente o direito privado é inspirado na família romano-germânica. Há o controle de constitucionalidade difuso inspirado no *judicial review* e o controle concentrado inspirado no modelo austríaco.

Ao lado de inúmeras codificações legislativas (*civil law*) constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva de recurso, julgamento modelo de causas repetitivas) de óbvia inspiração no *common law*. Aliás, já tive oportunidade de destacar que sofremos de certa comonlização à brasileira (Vide em <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.33361>).

Apesar de no Brasil seja relevante a opinião dos operadores jurídicos bem como a da doutrina que é característica típica do *civil law*, o crescente destaque dado à jurisprudência, já corresponde a uma característica peculiar do *common law* (e serve bem de exemplo, a súmula vinculante do STF).

Embora o ensino jurídico brasileiro seja herdado e sofra de notória influência de Coimbra, não se desconhece que o exame de caso concreto é bastante útil conforme bem atesta a tradição inglesa.

Reconheçamos que os conflitos constroem problemas jurídicos que se repetem em todos os cantos do mundo (indiferentemente de sua localização geográfica, religiosa, política ou mesmo lingüística).²⁷

²⁷ “Gente é tudo igual. Tudo igual. Mesmo tendo cada um a sua diferença. Gente não muda. Muda o invólucro. O miolo, igual. Gente quer ser feliz, tem medos, esperanças e esperas. Que cada qual vive a seu modo. Lida com as agonias de um jeito único, só seu. Mas o sofrimento é sofrido igual. A alegria, sente-se igual.” (ROCHA, Carmem Lúcia. Antunes. *Direito de Todos e para Todos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 13.).

E, por muitas vezes a discussão doutrinária se concentra ao aspecto puramente terminológico e, por fim, cabível e perfeitamente aplicável a mesma solução perante nomes e pressupostos teóricos diversos.

Atualmente há vasta produção doutrinária com relevantes nomes como Marinoni, Fredie Didier Jr, Dinamarco, Luiz Fux e Daniel Neves bem como existe robusta jurisprudência principalmente a respeito do devido processo legal e a boa-fé objetiva.

De qualquer maneira para bem se entender o direito processual civil contemporâneo há de se romper com o dogma da ascendência genética principalmente decorrente de nossa híbrida formação.

Observemos que saímos de um Estado fundado na lei, ou seja, Estado Legislativo e passamos ao modelo de Estado fundado na Constituição, ou seja, Estado constitucional.

Daí resulta que a consagração dos direitos fundamentais que impõe o Direito traz em seu bojo ético o mínimo capaz de respeitar a dignidade da pessoa humana e cujo evoluir é constante e crescente.

No vocábulo instrumentalismo não implica qualquer espécie de diferença hierárquica entre o processo e o direito material. E, nas sábias lições de Calmon de Passos não aceita a existência de instrumentalidade do processo posto que não há um direito independente do processo de sua enunciação.

O Direito só o é, após ser promulgado e, isso ocorre processualmente. Não basta a previsão da letra da lei, é indispensável o processo trazer para realidade e de forma concreta todos os direitos, prerrogativas e, também os deveres previstos no direito material.

O processo se revela, portanto, como método de controle do exercício do poder e da manutenção do mínimo existencial capaz de conservar a dignidade da pessoa humana

bem como os demais fundamentos da república brasileira, tais como o valor social do trabalho e da livre iniciativa, a cidadania e o Estado Democrático de Direito.

Só assim o Direito galgará materializar todos objetivos fundamentais estatuídos no Texto Magno (que é construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e, finalmente promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação).

Portanto, o fenômeno jurídico contemporâneo não pode ser estudado apenas como puro fenômeno dogmático, mas dotado de positividade mutante, ou seja, imerso na grandiosa dinâmica social de modificação. Sendo de fato, modificável não só em seu aspecto formal e externo (legislativo) mas principalmente o próprio sistema com modificação do “dever ser” do Direito.

Que enfim, o que há de “novo” no Direito brasileiro contemporâneo consiga nos garantir pelo menos o mínimo para uma cidadania digna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Teses básicas do positivismo e suas críticas ao jusnaturalismo.** Disponível em:
<http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/18/17> Acesso em 12 de março de 2012.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**; compiladas por Nello Morra; tradução e notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Editora Ícone, 1995.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol. I, 21ª. edição revista e atualizada, Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2011.

CITTADINO, Gisele. **Princípios Constitucionais, Direitos Fundamentais e História**. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (orgs). **Os Princípios Constitucionais da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. volume 1. 14.edição.Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo, moralismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional**. In: *Revista dos Tribunais*, v. 769, pp. 11-27, 1999.

FUX, Luiz. **A reforma do processo civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC**, Niterói- RJ: Editora Impetus, 2006.

LEITE, Gisele. **Processo de conhecimento, definições e reformas do CPC**. *Jus Vigilantibus*, Vitória, 19 jul. 2007. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/26915>. Acesso em: 30 out. 2010.

_____. **Acertos e desacertos das reformas do CPC**. Recantodasletras. Publicado em 01/04/2007. Disponível em: <http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/433485> Acesso em 06 de abril de 2011.

_____. **A reforma de 2001 do CPC.** Recantodasletras. Publicado em 15/05/2008. Disponível em: <http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/990855> Acesso em 06 de abril de 2011.

_____. **O processo de execução de títulos judiciais que imponham obrigação de fazer ou não fazer e principais alterações da Lei 11.232/2005.** Recantodasletras. Publicado _____ em 03/11/2007. Disponível: <http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/721671> Acesso em 06 de abril de 2011.

_____. **Considerações sobre a execução de sentença ou medievalização da execução.** Recantodasletras. Publicado em 08/09/2007. Disponível em: <http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/643526> Acesso em 06 de abril de 2011.

MARANHÃO, Ney Stany Morais. **O fenômeno pós-positivista: considerações gerais.** Disponível em: <http://www.amatra8.org.br/artigos/positivismo.pdf> Acesso em 12 de março de 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo. Curso de Processo civil,** volume 1, 3ª. edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Processo de conhecimento.** Curso de Processo civil, volume 2, 7ª. edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução. (Processo Civil Moderno).** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DE ALMEIDA, Marcelo Pereira. “**O novo ciclo de reformas do CPC – comentários às leis 11.276, 11.277, 11.280, 11.341 de 2006,**” disponível em <http://www.fdc.br/Arquivos/Revista/23/01.pdf>

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** In LEITE, George Salomão (org.) *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2003.

ROCHA, Carmem Lúcia. Antunes. **Direito de Todos e para Todos.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. O (Pós) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes). *Revista de Direito e Garantias Fundamentais*, Vitória, n.7, p 15-45, jan/jun 2010. Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/1.pdf> Acesso em 12/02/2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **As novas reformas do Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **A reforma da execução do título extrajudicial.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.