

**ENTRE ANTIPOSITIVISMO RETÓRICO E POSITIVISMO INCONSCIENTE:
UMA BREVE ANÁLISE DA TEORIA CONSTITUCIONAL NO BRASIL PÓS-1988
E SUAS INFLUÊNCIAS**

*BETWEEN RHETORICAL ANTIPOSITIVISM AND UNCONSCIOUS POSITIVISM: A
BRIEF ANALYSIS OF BRAZILIAN POST-1988 CONSTITUTIONAL THEORY AND ITS
INFLUENCIES*

Gilberto Morbach Junior¹
Victor Bianchini Rebelo²

RESUMO: O artigo faz uma crítica a partir da teoria do direito ao processo de reformulação da teoria constitucional brasileira pós-1988, tendo como foco movimentos que influenciaram o direito constitucional do País desde então — especialmente o neoconstitucionalismo. Sustenta-se que o antiformalismo desses movimentos determinou a baixa recepção que o positivismo jurídico analítico-descritivo teve no Brasil, o que veio a influenciar a reformulação do constitucionalismo brasileiro no campo teórico e jurisdicional, com destaque para o Supremo Tribunal Federal, que adotou essa retórica antipositivista em sua jurisprudência, mas que, contudo, revela adesão inconsciente a uma das teses inevitáveis da vertente exclusivista do positivismo analítico-descritivo: a discricionariedade judicial.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; Teoria Constitucional; Teoria do Direito; Positivismo Jurídico; Jurisdição constitucional.

ABSTRACT: This paper presents a critique from the legal theory perspective of the process of reformulation of post-1988 Brazilian constitutional theory, focusing on the movements which have influenced the country's constitutional law since then—specially the new constitutionalism. It is suggested that the anti-formalism in these movements determined the lukewarm reception of analytic legal positivism in Brazil, which came to influence the reformulation of Brazilian constitutionalism on both academic and jurisdictional fields. Its biggest impact was on the Federal Supreme Court, who adopted this rhetorical anti-positivistic discourse, but, nevertheless, reveals itself an unconscious bond to one of hard facts positivism's inevitable theses: judicial discretion.

¹ **Qualificação:** Pesquisador de pós-doutorado, como bolsista da FAPESP, na Faculdade de Direito da USP. Doutor e mestre em Direito pela Unisinos, summa cum laude, como bolsista do CNPq. Pesquisador visitante no Cambridge Forum for Legal and Political Philosophy, na Universidade de Cambridge, como bolsista da CAPES; **e-mail:** gmorbach@usp.br; **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/7136420209962979>; **ORCID:** 0000-0003-3765-6532; **Vinculação:** FDUSP (SP).

² **Qualificação:** Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio Sinos – UNISINOS como bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (Proex) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), membro do Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Advogado, inscrito na seccional de Santa Catarina da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC), sob o nº. 60.806; **e-mail:** vbrebello@hotmail.com; **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/6217981718200190>; **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-1455-8307>; **Vinculação:** UNISINOS (RS).

Key-words: New constitutionalism; Constitutional theory; Legal theory; Legal positivism; Judicial review.

Sumário: INTRODUÇÃO; 2. CONTEXTO E TENDÊNCIAS DA TEORIA CONSTITUCIONAL NO BRASIL PÓS-1988; 3. O(S) NEOCONSTITUCIONALISMO(S): ORIGENS, CAPILARIDADE E INFLUÊNCIA NA TEORIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA PÓS-1988; 3.1 A ORIGEM EUROPEIA DO TERMO “NEOCONSTITUCIONALISMO”, SUA EVOLUÇÃO E CAPILARIDADE TEÓRICA; 3.2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA; 3.3 INCOMPATIBILIDADES DO INTERPRETATIVISMO JURÍDICO DE DWORKIN COM O NEOCONSTITUCIONALISMO E SUAS CONSEQUÊNCIAS; 4. CRÍTICA À RECEPÇÃO DOUTRINÁRIA DO POSITIVISMO ANALÍTICO-DESCRIPTIVO NO BRASIL; 4.1 QUAL POSITIVISMO OS PÓS-POSITIVISTAS QUEREM SUPERAR? 4.2 ENTRE ANTIPOSITIVISMO RETÓRICO E POSITIVISMO INCONSCIENTE; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Não é novidade que o constitucionalismo brasileiro pós-1988 se desenvolveu com um caráter profundamente antiformalista, tido como antipositivista. A CRFB/88 trouxe ao Brasil uma discussão sobre a possibilidade de um constitucionalismo compromissório e normativo diversa da que era praticada no País em outros períodos. O discurso antiformalista introduzido na Carta Magna se mostrou em sintonia com as correntes que pretendemos estudar mais a fundo neste artigo. Desde movimentos como o Direito Alternativo até a recepção de doutrinas como o neoconstitucionalismo, pretendemos analisar criticamente esse viés antipositivista dentro da teoria constitucional brasileira pós-1988, identificar o contexto e tendências que proporcionaram a consagração dessas teses, bem como verificar as influências desses movimentos sob a jurisdição constitucional.

Teceremos aqui algumas críticas a esse processo que se deu no Brasil pós-1988 a que atribuímos uma baixa densidade na recepção ao positivismo jurídico no País, especialmente à sua versão analítico-descritiva, que se mostra fundamental para a compreensão de importantes debates na história recente da teoria do direito, como foi o debate Hart-Dworkin, requisito essencial para a discussão da discricionariedade judicial e a

jurisdição constitucional. Vejamos, então, como o estudo está esquematizado.

No primeiro tópico apresentaremos o contexto e as tendências do constitucionalismo brasileiro pós-1988 em sua origem, buscando compreender melhor o caráter antiformalista da época por conta do trauma do Regime Militar e o quanto da geração de juristas desta época foi influenciada por movimentos jurídicos disruptivos importados da Europa e de forte caráter sociológico, que no País se traduziram de forma mais evidente no Direito Alternativo.

Na segunda seção, apresentaremos o movimento que deu “continuidade” a essa tendência anterior, o neoconstitucionalismo, demonstrando seu caráter plural como movimento epistemológico, desde sua origem europeia até sua importação por países situados fora do eixo Norte Global, o que acarretou um processo de ascensão política das cortes constitucionais, com fins de concretizar direitos fundamentais. Também nesta seção apresentaremos evidências de que a influência do neoconstitucionalismo pode ser claramente notada na jurisprudência do próprio STF, mas que essa tendência na corte tem um caráter retórico que esconde uma tradição personalista e dogmática. Por fim, apontaremos para o primeiro dos equívocos atribuídos à doutrina majoritária brasileira neste artigo: associar o jurista Ronald Dworkin ao movimento neoconstitucionalista.

Dentro da terceira e derradeira seção, questionaremos se o neoconstitucionalismo adotado pela doutrina brasileira pós-1988 pode superar o positivismo jurídico, indagando qual positivismo dentre tantos se pretende superar? A partir desse questionamento, buscaremos introduzir como o debate Hart-Dworkin — especialmente a resposta de Hart ao desafio teórico proposto por Dworkin — definiu o positivismo descritivo desde então, e como esse debate nunca foi devidamente enfrentado pela corrente majoritária da doutrina, o que contribuiu para o desenvolvimento de um “positivismo inconsciente” na jurisdição e na teoria constitucional predominante no Brasil.

2. CONTEXTO E TENDÊNCIAS DA TEORIA CONSTITUCIONAL NO BRASIL PÓS-1988

Luís Roberto Barroso diz na introdução de uma de suas obras que o direito constitucional era tratado com desdém no período que antecedeu a promulgação da CRFB/88. Quando alguém queria minimizar uma questão jurídica, dizia-se que “isso era matéria constitucional” (BARROSO, 2015a). Para mudar esse cenário, constitucionalistas brasileiros precisaram importar teorias estrangeiras à doutrina brasileira, de forma a adequar-se à nova realidade representada pelo Estado Democrático de Direito, e deixar para trás o formalismo extremo presente na pedagogia jurídica do período militar.

A crescente liberdade acadêmica ocasionada pela abertura democrática facilitou, a partir da década de 1990, um intercâmbio cultural pouco visto anteriormente e muitos juristas voltaram a ter seus estudos e pesquisas financiados pelo Estado, possibilitando um acesso maior a cursos de pós-graduação no exterior e parcerias entre universidades brasileiras e estrangeiras.

A consequência direta dessa abertura foi a importação de teorias estrangeiras de vanguarda, cuja missão principal fosse romper com o formalismo que “assombrava” o constitucionalismo brasileiro. Tais teorias foram encontradas predominantemente nos países da Europa continental. Dentre os países mais visitados estavam Portugal, Espanha, Alemanha e Itália. Teses ali pesquisadas e debatidas deram o pontapé inicial na reformulação da teoria constitucional brasileira. Esses países, apesar de trabalharem marcos teóricos próprios partindo de diferentes origens históricas e filosóficas, tinham uma característica em comum: eram lar de doutrinas críticas que advogavam pela ruptura com o formalismo jurídico associado a um paradigma “liberal-individualista”. Essa oposição foi desenvolvida por diversas propostas teóricas em cada país, mas coincidiram na oposição à teoria das fontes jurídicas, negando o Direito como um mero “fato social” e apostando na função “criativa” da hermenêutica jurisdicional de descoberta do direito para além da norma escrita. Dentre as teorias mencionadas, talvez uma das mais notórias tenha sido o movimento crítico (inspirado na Escola de Frankfurt) do Uso alternativo do Direito, que inspirou no Brasil o Movimento do Direito Alternativo (WOLKMER, 1991).

No final da década de 1980 e início de 1990, esses movimentos começaram a repercutir com mais força no solo nacional — não só no âmbito acadêmico como também no jurisdicional. Isso foi uma consequência do que defendiam os alternativistas da época. Liderado por magistrados, o Direito Alternativo caracterizou-se pelo cunho sociológico e crítico, advogando por uma interpretação social e teleológica das leis, buscando favorecer as classes menos privilegiadas através de uma jurisdição atenta às desigualdades (ANDRADE, 2008).

A resposta para esse anseio concretizador se deu de forma a tolerar (e por vezes incentivar) o protagonismo judicial como estratégia de reforma do Direito brasileiro através do Poder Judiciário. Assim, os alternativistas legitimaram a possibilidade de o juiz, por meio de sua decisão, corrigir desigualdades e injustiças presentes nas relações jurídicas, a partir de uma hermenêutica teleológica, de forte caráter utilitarista. Isso tornou os juízes vinculados ao movimento alvos de críticas que serão importantes para nosso argumento neste artigo.

Como veremos adiante, há muitas semelhanças entre o Direito Alternativo e o neoconstitucionalismo. Há evidências de que o primeiro influenciou o segundo justamente porque autores que se associaram aos neoconstitucionalismos estavam presentes em eventos promovidos pelos alternativistas, como foi o caso de Barroso (1999), que registrou em obra a necessidade de uma síntese entre saber jurídico tradicional, teoria crítica e direito alternativo.

A contextualização é determinante para compreender o caráter antiformalista desses movimentos. A influência de teorias críticas já em sua importação da Europa para o Brasil não poderia ter resultado diverso, sobretudo em um país que saía de uma ditadura e entrava em um período de efervescência democrática, onde se vinculou de maneira equivocada o positivismo jurídico ao formalismo jurídico que predominava nas relações jurídico-políticas do Regime Militar. Tal vinculação já podia ser observada na redução feita pela doutrina majoritária do positivismo jurídico, que no País era divulgado apenas pelo prisma exegetico

(representado pela alegoria francesa do juiz “boca-da-lei”) ou através do juspositivismo normativista kelseniano.³

Autores associados ao positivismo, como Norberto Bobbio, Luigi Ferrajoli e o próprio Kelsen, foram invariavelmente estudados neste período, porém uma lacuna ficou clara desde então: o positivismo jurídico analítico-descritivo que, mesmo estando em alta na década de 1990, pouco repercutia em nossa doutrina. A baixa densidade na recepção do positivismo jurídico no Brasil, portanto, dificultou a compreensão de que autores denominados neoconstitucionalistas ou alternativistas podem ser considerados positivistas (SARMENTO, 2009), o que pode pôr em xeque o argumento de parte da doutrina brasileira que afirma o neoconstitucionalismo como um marco de superação do positivismo jurídico.

3. O(S) NEOCONSTITUCIONALISMO(S): ORIGENS, CAPILARIDADE E INFLUÊNCIA NA TEORIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA PÓS-1988

O fenômeno dos movimentos neoconstitucionalistas, surgidos em países da Europa continental, com especial relevância na Itália e na Espanha, está associado ao constitucionalismo pós-guerra, que trouxe ao cenário jurídico europeu um contingente muito similar ao vivido no Brasil décadas depois, no fim do regime militar, com o advento de uma nova fundamentação teórica que pudesse consagrar um constitucionalismo compromissório, rompendo com a herança autoritária e restritiva de direitos e dando, enfim, a normatização devida à cartas magnas que coincidiam no seu conteúdo em amplos direitos individuais e sociais, o que se seguiu na CRFB/88. Não por acaso, a influência dos movimentos teóricos e judiciais nesses países foi sentida fortemente no Brasil (STRECK, 2020, p. 249–252).

3.1. A origem europeia do termo “neoconstitucionalismo”, sua evolução e capilaridade teórica

³ No Brasil a própria compreensão da doutrina de Kelsen é motivo de críticas porque alguns ainda insistem em defini-lo como “legalista” ou exegeta.

A professora italiana Susanna Pozzolo é reconhecida por ter sido uma das primeiras pensadoras a cunhar o termo “neoconstitucionalismo”, ainda dentro do contexto europeu e previamente à sua recepção brasileira. Contudo, podemos afirmar que o termo foi usado já nos anos 1990, sendo contextualizado e desenvolvido na Itália e Espanha, embora não tenha sido reconhecido como movimento ou teoria em países influentes no constitucionalismo ocidental, como Estados Unidos e Alemanha (SARMENTO, 2009, p. 11). Além de Pozzolo, outros teóricos precursores da sistematização teórica do neoconstitucionalismo em sua origem europeia são os jusfilósofos espanhóis Prieto Sanchís e Sastre Ariza e os juristas italianos Ricardo Guastini e Paolo Comanducci (STRECK, 2020, p. 249).

Ainda antes de sua importação para países do Sul Global, já havia uma espécie de consenso entre os teóricos de que o neoconstitucionalismo encontrava partidários das mais diversas disciplinas, tornando-se difícil sua definição no campo teórico. Nessa tentativa por parte da doutrina europeia de se construir uma frente favorável a uma nova leitura constitucional, não se mediram esforços para encontrar pontos em comum entre autores que poderiam se encaixar nos moldes descritos. No decorrer da década de 1990, foram elaborados inúmeros ensaios trabalhando as características principais do neoconstitucionalismo. Susana Pozzolo elaborou quatro propriedades que poderiam ser encontradas em autores que defendiam o movimento: (i) defesa da normatividade dos princípios constitucionais (principiologia); (ii) defesa do método de ponderação em detrimento do método de subsunção; (iii) supremacia constitucional estando acima da supremacia legislativa; e (iv) supremacia judicial em detrimento da liberdade legislativa (POZZOLO, 1998, p. 339–341).

A sugestão afirma a tese de que autores heterogêneos entre si — como Robert Alexy, Ronald Dworkin e Gustavo Zagrebelsky — buscavam indiretamente o mesmo propósito, que poderia ser condensado no que a autora propunha como “neoconstitucionalismo” (POZZOLO, 1998, p. 339–341). Some-se a isso a natural exposição que o neoconstitucionalismo teve em países alheios à realidade europeia, como foi o caso da

América Latina, em especial, que agregou às propostas ítalo-ibéricas do movimento projetos próprios de seus específicos contextos jurídico-políticos (HIRSCHL, 2013).

Com a evolução da temática já na virada do novo milênio, outros estudiosos buscaram compreender o neoconstitucionalismo de maneira mais sofisticada, já incluindo aí as novas facetas condensadas pela experiência latino-americana. Um estudo de destaque foi o do jurista mexicano Miguel Carbonell, que já antecipou no título da obra de sua organização, *Neoconstitucionalismo(s)* (2003), sua conclusão de que o movimento — agora já internacional — havia tomado múltiplas facetas. A virtude dos trabalhos de Carbonell foi demonstrar que dentro da proposta neoconstitucionalista não havia uma unidade jusfilosófica, nem mesmo um objetivo político comum. Daniel Sarmento pontua essas diferenças ao afirmar que se associam ao movimento pensadores positivistas, em seus diversos matizes; pensadores não-positivistas; pensadores que defendem o uso do método na aplicação do Direito, mas também opositores do emprego de qualquer metodologia hermenêutico-jurídica; adeptos do liberalismo político, comunitaristas, como também procedimentalistas (SARMENTO, 2009). Em suma, Carbonell (2007) conseguiu sistematizar um ponto em comum entre todos os defensores da doutrina neoconstitucionalista em três elementos ou propostas principais: a) defesa de novos textos constitucionais; b) defesa de uma nova teoria da constituição; e c) fomento de novas posturas jurisprudenciais, reconhecendo a pluralidade por vezes contraditória dos (agora) plurais neoconstitucionalismos.

Por isso, junto a Ran Hirschl (2013), que trabalha o fenômeno sob lentes anglo-saxãs denominando-o *new constitutionalism*, pode-se concluir que, em países periféricos (subdesenvolvidos e emergentes), o advento de uma ruptura constitucional e a consequente democratização favorece(ram) o protagonismo judicial. Outra não foi a experiência brasileira em relação à sua versão do neoconstitucionalismo.

3.2. O neoconstitucionalismo e a jurisdição constitucional brasileira

A influência do Direito Alternativo e mais recentemente do neoconstitucionalismo no Brasil não ficaram restritas à academia. O discurso neoconstitucionalista no Brasil foi angariando apoio de inúmeros partidários dentre os doutrinadores brasileiros, tendo sido difundido em território nacional como uma espécie de estágio jurídico mais avançado do direito constitucional (STRECK, 2017).

Após o período de efervescência dos anos 1990, inaugurou-se na década de 2000 um período com inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal em favor de teses progressistas que em alguma medida se associavam às doutrinas defendidas pelo neoconstitucionalismo. Via-se nos argumentos de alguns ministros termos como “principiologia” e a defesa de uma “nova interpretação constitucional”. A tempestade perfeita se formou através de uma conjuntura que uniu indicações de ministros com perfis e faixas etárias que indicavam ter sido influenciados pelas correntes mencionadas, quando não eram eles próprios arautos desses movimentos, como foi o caso de Luís Roberto Barroso, conhecido no País como o autor que difundiu o neoconstitucionalismo a partir de sua Doutrina da Efetividade.⁴

Raineri Ramalho (2019, p. 157–165) explica como o neoconstitucionalismo influenciou a jurisprudência do Supremo. Casos como a ADPF nº 132 e ADI nº 4.277 (união homoafetiva); do mandado de segurança nº 26.603 (criação jurisprudencial do instituto da “fidelidade partidária”),⁵ entre muitos outros citados pelo pesquisador, revelam com mais clareza como o direito constitucional foi se moldando pela jurisprudência do Supremo a partir da influência doutrinária do neoconstitucionalismo.

Outra prova da influência apontada pelo constitucionalista é a da menção em alguns precedentes da corte de que “se vive em uma época de pós-positivismo” (ADPF nº 132; ADC nº 19; e ADI nº 3510),⁶ fala proferida em voto pelo ministro Luiz Fux em um desses julgados,

⁴ Em relação à *Doutrina da Efetividade*, ver Barroso (2009).

⁵ ADI nº 4277, Relator: Min. Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011, publicação: DJe-198, de 14/10/2011; MS nº 26.603, Relator: Min. Celso de Mello, julgamento em: 04/10/2007, publicação: DJe-152, de 30/11/2007.

⁶ ADPF nº 132, Relator: Min. Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011, publicação: DJe-145, de 06/08/2010; ADC nº 19, Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 09/02/2012, publicação: DJe-080, de 29/04/2014; ADI nº 3510, Relator: Min. Ayres Britto, julgamento em 29/05/2008, publicação: DJe-096, de 28/05/2010.

cujo teor afirma que “o neoconstitucionalismo influenciou a Constituição de 1988 nos âmbitos teórico, ideológico e metodológico”. Concordamos com Ramalho quando o autor aponta para as inconsistências do argumento: sendo o neoconstitucionalismo um fenômeno teórico difuso e fragmentado, importado ao Brasil como doutrina, como já foi visto, por volta da segunda metade da década de 1990, fica evidente que a constituição brasileira, elaborada no fim dos anos 1980, não foi devidamente influenciada pelo neoconstitucionalismo, mas pela doutrina do Uso Alternativo do Direito e demais movimentos progressistas e antiformalistas, como aconteceu no Brasil com o Direito Alternativo. O ministro, portanto, provavelmente confundiu os movimentos dadas a semelhança e influência que um teve sob o outro.⁷

Ramalho (2019) também faz uma crítica à principiologia que, da forma como vem sendo aplicada pela corte, para o autor, privilegiou direitos de forma desigual, em detrimento de pleitos sociais e da defesa de garantias processuais. Nosso posicionamento é que nesses casos a via adotada pelo neoconstitucionalismo esconde não só uma forte tendência judicial subjetivista, mas também consequencialista na corte, com os ministros utilizando desse tipo de argumentação especialmente em julgamentos de casos que envolvam controvérsias políticas ou moralmente sensíveis à opinião pública.

Um exemplo disso foi o modo como a corte tratou o polêmico tema da presunção de inocência em face da possibilidade de prisão após condenação penal em segunda instância, enfrentado mais recentemente nos julgamentos do habeas corpus nº 126.292 e das ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, 44 e 54.⁸ Não nos cabe discorrer sobre o mérito dos casos neste trabalho, embora possamos desde já ponderar que se trataram de julgamentos com claros contornos moralmente sensíveis à opinião pública, onde foi possível

⁷ O autor deixa claro também que é equivocado assumir que o *neoconstitucionalismo* não pode gerar influências teóricas ou mesmo metodológicas, porque trata-se de um *movimento* difuso e plural, não tendo assumido em momento algum uma metodologia ou teoria do Estado claros (RAMALHO, 2019, p. 174).

⁸ HC nº 126.292/SP, Relator: Min. Teori Zavascki, julgamento em 17/02/2016, publicação: DJe 100, de 17/05/2016; ADCs nº 43, 44 e 54, Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 07/11/2019, publicação: DJe 270, de 12/11/2020.

observar como o neoconstitucionalismo nem sempre é usado na argumentação jurídica dos ministros como um trunfo em favor das liberdades individuais.

Independentemente da análise do mérito da decisão plenária, os julgamentos em questão contaram com uma clara demonstração do personalismo que gira em torno da corte e seus ministros, que expuseram em seus votos opiniões pessoais que não tinham relação com os autos. Isso vale tanto para ministros que se filiaram à corrente minoritária quanto a majoritária. Percebe-se claramente que os ministros fundamentaram seus votos por razões morais e políticas, pensando nos resultados que aquela decisão teria para a sociedade, em vínculo claro à ética consequencialista, verve teleológica que é identificada entre alternativistas e neoconstitucionalistas. Mesmo que ao final a tese em favor da presunção de inocência tenha prevalecido (acertadamente, ao nosso ver),⁹ é inegável a fragilidade decisória promovida por argumentos subjetivistas e casuísticos, independentemente do posicionamento tomado pelos ministros.¹⁰

Os precedentes citados são apenas alguns dos inúmeros exemplos que fundamentam o alerta que Ramalho faz para o fato de que a argumentação judicial baseada em aportes teóricos do neoconstitucionalismo (ou autores cooptados pelo movimento) serviu muitas vezes como forma de legitimar a subjetividade dos julgadores. Isso se dá, segundo o autor, porque a corte não tem um perfil institucional — e, acrescentamos, uma tradição doutrinária — definido (RAMALHO, 2019).

Mesmo com a perceptível influência neoconstitucionalista no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, a importação de marcos teóricos associados ao neoconstitucionalismo não significou uma mudança operacional no legal reasoning

⁹ O STF decidiu pela possibilidade da prisão após segunda instância no HC nº 126.292, por maioria de sete votos a quatro, mas reverteu seu entendimento ao julgar conjuntamente as ADCs nº 43, 44 e 54, dessa vez com uma apertada maioria de seis votos a cinco, declarando constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal e, consequentemente, impossibilitando a prisão-pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

¹⁰ Ao nosso juízo, o debate que figurou nas entrelinhas do julgamento em tela estava na proposta neoconstitucionalista da *Doutrina da Efetividade*, de autoria do ministro Barroso, se posicionando contra o provimento das ações; e a *Crítica Hermenêutica do Direito*, de Lenio Luiz Streck, como sendo a proposta teórica que inclusive fundamentou uma das três ações que pedia a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP.

brasileiro. É o que sustenta José Rodrigo Rodriguez (2013), para quem os juízes brasileiros se relacionam com a esfera pública de forma independente, sem preocupação com uma construção argumentativa dos seus julgados, muito por conta de nosso sistema ser baseado em uma jurisprudência construída por acórdãos, que refletem a opinião individual de cada julgador até formarem uma maioria, diferente de outros sistemas, caso do common law, onde há uma reconstrução argumentativa de casos paradigmáticos. É a partir desse argumento acima que as críticas ao neoconstitucionalismo podem ser mais bem compreendidas dentro da realidade nacional, porque

o Brasil parece possuir um direito que se legitima simbolicamente através de uma argumentação não sistemática, fundada na autoridade dos juízes e dos tribunais; mais preocupada com o resultado do julgamento do que com a reconstrução argumentativa dos seus fundamentos e dos fundamentos dos casos anteriores (RODRIGUEZ, 2013, p. 15, grifo do autor).

Desse modo, pode-se inferir que o neoconstitucionalismo se consagrou no Brasil como um meio de formar um véu retórico e argumentativo em favor do modo de decidir preexistente na jurisdição brasileira, o qual se mostrava carente de uma legitimação teórica inovadora no pós-1988, gerando a tempestade perfeita para a recepção do neoconstitucionalismo. Os estudos anteriormente mencionados demonstram que a tradição operacional do direito brasileiro ainda é impermeável o bastante para manter as incorporações de doutrinas cooptadas pelo neoconstitucionalismo — caso de autores como Alexy, Habermas, ou mesmo Dworkin — apenas no campo retórico, sem se deixar influenciar de fato por elas, enquanto os ministros ainda se baseiam em posicionamentos subjetivistas e no dogmatismo corrente (RODRIGUEZ, 2013).

A análise mais recente e cuidadosa da jurisprudência do Supremo feita por Ramalho (2019) leva a uma conclusão diferente da de Rodriguez (2013, p. 15) quando este afirma que a recepção desses autores cooptados pelos neoconstitucionalistas geraram um “impacto nulo sobre a nossa jurisprudência”, mas se mostra perfeitamente compatível com a afirmação de que a recepção desses autores não alterou a operacionalidade do direito nacional. Ramalho demonstra inclusive como as decisões dos ministros do STF, por mais que defendam “uma

nova leitura constitucional” ainda são em sua maioria fundamentadas por citações a doutrinadores considerados pelo autor como sendo “dogmáticos” ou “clássicos”, ou seja, fora do espectro neoconstitucionalista defendido na corte.¹¹

Os limites impostos a este trabalho não permitirão debater item por item as críticas que merecem estas “incorporações” de autores que nunca se identificaram com o movimento neoconstitucionalista em suas diversas versões. Por isso, no próximo tópico nos restringiremos a discutir a polêmica relativa à recepção da obra de Dworkin no Brasil e sua incompatibilidade com os diversos neoconstitucionalismos, visto que esse debate dialoga de forma crucial com nosso argumento de que a teoria constitucional brasileira pós-1988 não recepcionou adequadamente os debates oriundos do positivismo jurídico em sua vertente analítico-descritiva.

3.3. Incompatibilidades do Interpretativismo Jurídico de Dworkin com o neoconstitucionalismo e suas consequências

A proposta teórica de Ronald Dworkin, conhecida de maneira geral como Interpretativismo Jurídico (legal interpretivism), é objeto de acirrados debates ocorridos em torno de suas ideias e pela própria interpretação da obra dworkiniana.

O ponto controverso que trataremos aqui é o próprio rótulo imposto a Dworkin de “neoconstitucionalista”, defendido por alguns nomes de peso.¹² Sustenta-se que, como o jusfilósofo propõe uma concepção de direito que supere o positivismo, naturalmente seu lugar na teoria do direito seria análogo ao do neoconstitucionalismo. Dessa forma, autores como Barroso (2015b) utilizam-se da doutrina dworkiniana como aporte em suas intervenções teóricas.

¹¹ Pesquisa nacional recentemente conduzida pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), intitulada *Quem somos: a magistratura que queremos*, revelou um reflexo do observado no STF: os dois autores mais citados pelos magistrados entre todas as instâncias foram o tradicional autor Francisco de Cavalcanti Pontes de Miranda, autor anterior à Constituição, em primeiro lugar e, em segundo lugar, aparece o expoente do *neoconstitucionalismo* no Brasil, Luís Roberto Barroso, como o autor mais citado entre magistrados de primeiro e segundo grau (VIANNA; CARVALHO; BURGOS, 2018).

¹² Susana Pozzolo (1998), *e.g.*, classifica o autor como neoconstitucionalista.

Por outro lado, Rubens Glezer (2017) argumenta que a teoria integrativa de Dworkin (Law as integrity) seria incompatível com a doutrina neoconstitucionalista. Sustenta o professor, no caso específico da proposição de Barroso no seu afamado artigo *A razão sem voto*, que a discricionariedade extrema relegada ao juiz no momento de “esgotamento da norma” ou invocando a “constitucionalização de toda interpretação” seria totalmente incompatível com a teoria integrativa, distanciando-se de Dworkin e aproximando o neoconstitucionalismo nacional ao positivismo jurídico exclusivo (hard facts positivism) de Joseph Raz (1994), que enxerga a discricionariedade como um produto natural dos diversos objetivos e crenças presentes em instituições que produzem o direito, caso que se aplica, na visão do filósofo, ao judiciário.

Em *A razão sem voto*, aponta Glezer, Barroso sustenta a integridade como pilar da interpretação, enquanto rejeita a tese da única resposta correta — o que para ele é criticável, pois Dworkin concebe sua teoria de maneira unitária e universal. Em sentido contrário, o ministro maneja teorias incompatíveis entre si, como o positivismo, o antipositivismo, a teoria da argumentação alexyana e a nova sofística, no campo do discurso, mas é impedido, segundo o jurista, de obter uma resposta judicial coerente utilizando teorias antagônicas:

Se isso é possível no campo do discurso, esse sincretismo é impossível no campo prático, especialmente na interpretação e resolução de casos concretos: quando os pressupostos entram em tensão, apenas um deles irá sobreviver para responder à demanda judicial. Saber a concepção “vencedora” para Barroso é que dará os contornos concretos para seu argumento. Como encontrá-la em meio a esse discurso sincrético? Creio que a resposta repousa no modo como Barroso elabora a questão da discricionariedade judicial. Ao rejeitar a tese dworkiniana da “resposta correta”, deixa transparecer com mais clareza a predominância de convicções e raciocínios positivistas em seu pensamento [...]. (GLEZER, 2017, p. 171, grifo do autor).

Nesse sentido, essa crítica de Glezer encontra eco na obra de Streck, para quem as teses dworkinianas também servem de aporte teórico à sua *Crítica Hermenêutica do Direito*. Entretanto, Streck faz uma leitura particular do pensamento do mestre norte-americano, com enfoque especial para fundamentar a teoria da decisão que fundamenta sua *Crítica Hermenêutica do Direito*. O jurista gaúcho busca aproximar o pensamento de Dworkin a seus demais aportes teóricos, especialmente no que tange a hermenêutica filosófica. Com

efeito, Streck se utiliza das teses metafóricas de Dworkin para combater a discricionariedade, e não a admitir como algo inerente à atividade judicial — muito menos para defendê-la, como faz Barroso, em A razão sem voto. O pré-acordo dworkiniano, para Streck, iria ao encontro dos pré-juízos da hermenêutica filosófica gadameriana, em uma busca antirrelativista e antissubjetivista pela resposta adequada à constituição (correta), separando pré-juízos falsos dos pré-juízos verdadeiros, dado que a compreensão sempre viria depois da interpretação. Em outras palavras, o juiz nunca estaria livre para criar direito, pois a própria noção de integridade (aqui representada pela tradição pretérita da comunidade) o impede de agir dessa forma (STRECK, 2017, p. 436).

Assim demonstra-se que a controvérsia cercada pelo neoconstitucionalismo e o interpretativismo de Dworkin, às voltas com o positivismo jurídico analítico-descritivo, gira em torno da querela da discricionariedade judicial, um tema nunca exatamente resolvido pela teoria do direito.¹³

O positivismo jurídico exclusivo (hard facts positivism), como veremos com mais detalhes adiante, tem como uma de suas principais teses os limites do direito, os quais levariam os jusfilósofos positivistas a defender a discricionariedade como algo inevitável (COLEMAN; HIMMA; SHAPIRO, 2004).¹⁴ Nesse sentido, o neoconstitucionalismo também se aproxima do positivismo, quando Barroso (2015b, p. 25) defende a

¹³ Ponderamos, todavia, que Streck (2017) propõe superar a discricionariedade judicial (para os positivistas, algo inerente às decisões judiciais nos chamados *hard cases*) apresentando o que para o autor é a principal carência dos variados positivismos: uma teoria da decisão. Sua proposta, entretanto, não é unânime, sendo questionada por autores como Bruno Torrão Amorim de Almeida (2013).

¹⁴ O que nos parece, aqui, é que a discricionariedade é uma decorrência do modelo positivista de direito. Dito isso, é importante mencionar a perspectiva de Kenneth Himma sobre a tese da separabilidade, a tese do pedigree e, enfim, a tese da discricionariedade — todas as três tidas como teses positivistas: “A tese da separabilidade nega a existência necessária de restrições morais sobre o conteúdo do direito. A tese do pedigree dispõe que as condições suficientes e necessárias à validade jurídica têm a ver com como ou por quem a[s] lei[s] é[são] promulgadas. A tese da discricionariedade estabelece que os juízes, ao decidirem casos difíceis, produzem direito novo. Enquanto é geralmente presumido que essas teses formam um corpo teórico coerente como um todo, esse pressuposto é falso. Tomada como uma tese sobre todos os sistemas jurídicos possíveis, a tese da discricionariedade é incompatível com a tese do pedigree. Tomada como uma tese verdadeira para alguns, mas não todos, [os] sistemas jurídicos, a tese acaba por trazer um argumento de um tipo fundamentalmente diferente daquele que subjaz às teses do pedigree e da separabilidade, e, portanto, não deve ser considerada como parte da teoria positivista do direito” (HIMMA, 1999, p. 71-82).

discrecionalidade judicial em decorrência da indeterminabilidade do direito. Há, então, um problema semântico quando autores vinculados ao neoconstitucionalismo o proclamam “pós-positivista”. Enquanto teorias pós-positivistas — como é o caso em Dworkin — trabalham o problema interpretativo do direito, o neoconstitucionalismo chega a uma conclusão bastante positivista: tratar a interpretação judicial como razão prática e admiti-la como inevitavelmente discricionária (STRECK, 2013).

Com efeito, pode-se assegurar que as críticas de Glezer e Streck conseguem demonstrar com propriedade a incompatibilidade da recepção brasileira do neoconstitucionalismo com a doutrina dworkiniana, em oposição ao que prescreve Pozzolo, além de argumentar pela impossibilidade de vincular a proposta do jurista americano a qualquer grau de discricionariedade.

Pode-se notar que a recepção equivocada e instrumental que o neoconstitucionalismo à brasileira fez da obra de Dworkin é sintomática, porque revela uma carência por parte da doutrina brasileira na compreensão dos principais debates em teoria do direito que ocorreram contemporaneamente, entre eles, o debate Hart-Dworkin. Enquanto o estudo da obra de Hans Kelsen foi difundido e até hoje amadurece com críticas de como sua teoria foi mal compreendida pela nossa doutrina,¹⁵ o estudo do “outro” positivismo, o analítico-descritivo anglo-saxão, revolucionado por H. L. A. Hart, teve pouca repercussão doutrinária do Direito Alternativo ao neoconstitucionalismo.¹⁶

A sanha antiformalista presente no período fez com que os movimentos derivados do Uso Alternativo do Direito e demais pensamentos e teorias críticas do direito evoluíssem no Brasil com uma formação deficiente em relação ao positivismo jurídico, que foi caudatária dos supostos pós-positivismos associados tanto ao Direito Alternativo quanto ao

¹⁵ Entre os estudos recentes mais relevantes, citamos o trabalho organizado por Júlio Aguiar de Oliveira e Alexandre Travessoni Gomes Trivissone (2013) pelo rigor filosófico com que o autor trata as diferenças entre o positivismo *kelseniano* (normativista) e os demais positivismos analítico-descritivos.

¹⁶ Com o avanço do pensamento constitucional brasileiro, contudo, inúmeros autores passaram a criticar e suprir essa carência na doutrina nacional. Entre eles se destacam Thomas da Rosa Bustamante, André Coelho, Bruno Torrano de Almeida, Ronaldo Porto Macedo Junior, Oscar Vilhena Vieira, Rubens Glezer, Dimitri Dimoulis, Lenio Luiz Streck, entre muitos outros.

neoconstitucionalismo. No afã de superar o positivismo — descartando-o como um conjunto de teorias antiquadas e carentes de legitimidade democrática, pouco afeitas às transformações sociais das quais o Brasil precisava —, os movimentos acabaram por estigmatizar um dos fenômenos teóricos mais paradigmáticos para o Direito, o positivismo analítico-descritivo.

4. CRÍTICA À RECEPÇÃO DOUTRINÁRIA DO POSITIVISMO ANALÍTICO-DESCRITIVO NO BRASIL

Como vimos anteriormente, o STF firmou entendimento no acórdão da ADC nº 19 que vivíamos em um período “pós-positivista”. Ora, é no mínimo problemático fazer tão categórica afirmação. De fato, o constitucionalismo pós-guerra vivenciou uma pujança teórica em favor de teorias antiformalistas, visando um constitucionalismo normativo e compromissório com direitos fundamentais e sociais assegurados. Agora dizer — a partir desse fato e dele apenas — que o positivismo foi superado em sua integralidade a partir de então, apenas demonstra a baixa densidade da recepção do positivismo jurídico analítico-descritivo no País.

É possível afirmar a partir de pesquisas como a de Ramalho (2019) que, mesmo indiretamente, o inconsciente do senso comum teórico¹⁷ dos ministros está inserido nesse pensamento que denominamos aqui de pós-positivista. Havemos de nos perguntar, então, duas questões: (i) se é possível falar em “pós-positivismo” em teoria do direito; e (ii) se os movimentos constitucionais do Brasil pós-1988, a partir de seu caráter antipositivista, de fato se enquadram neste pretenso parâmetro pós-positivista. Resolvendo essas questões, teremos uma dimensão melhor da parca compreensão brasileira do positivismo jurídico contemporâneo em seu matiz analítico-descritivo.

4.1. Qual positivismo os pós-positivistas querem superar?

¹⁷ O termo senso comum teórico dos juristas é de Luís Alberto Warat.

Autores como Dworkin e Streck são considerados pós-positivistas — e de fato o são, em certo sentido —, pois combatem o problema mais sério do positivismo jurídico: a discricionariedade judicial. Pode-se até argumentar que nenhum deles ofereceu uma resposta definitiva ao positivismo, mas se não soubermos qual o positivismo esses autores combatem, pouco saberemos do que estão falando. Precisamos compreender o que é a tradição analítico-descritiva para entender porque ela não é superada pelas propostas neoconstitucionalistas.

Em linhas gerais, o positivismo jurídico analítico se confunde com a própria tradição da filosofia e da jurisprudence (estudo e teoria do direito) anglo-saxã. Por se tratar de um modo de encarar o Direito (e a filosofia) diverso do qual estamos acostumados em países de tradição continental, sua baixa adesão nos currículos jurídicos brasileiros poderia ser compreensível em algum grau, caso não houvesse ocorrido em seu âmbito um dos debates mais importantes da teoria do direito contemporânea: o debate Hart-Dworkin.

O jusfilósofo H. L. A. Hart revolucionou a teoria do direito analítica, assim como Kelsen revolucionou por sua vez o positivismo na teoria jurídica continental. Sua obra *O conceito de direito* (1961) se tornou paradigmática para o estudo jurídico e até hoje é possível afirmar que os debates jusfilosóficos na tradição analítica giram em torno de respostas, críticas ou apologias à sua obra.

Em síntese, Hart defendia um conceito de direito descritivo e vinculado a fatos sociais, em especial à aceitação interna (*internal point of view*) pela comunidade a determinada prática jurídica, que resultaria na elaboração de regras primárias (*primary rules*) que definem o que é permitido ou proibido; e secundárias (*secondary rules*) que definem os parâmetros formais pelos quais as próprias regras primárias serão produzidas, (dando também às autoridades da comunidade o poder para produzi-las) — todas elas regidas pela regra de reconhecimento (*rule of recognition*), a qual seria uma “regra que define o critério que especifica as características que, uma vez presentes em determinada regra, indicam de forma conclusiva que essa regra em questão é uma regra jurídica” (HART, 2012, p. 100–101) — uma “regra sobre regras”, isto é, uma meta-regra a partir da qual as demais regras

do sistema jurídico são derivadas.¹⁸ Em suma, uma definição hartiana de direito poderia ser a de “uma união de regras primárias com essas regras secundárias”, regidas por uma fonte social, a regra de reconhecimento. Assim surge uma das principais teses positivistas, a tese das fontes (sociais); a outra sendo a conhecida separabilidade entre direito e moral e a (polêmica) terceira tese da discricionariedade judicial, que foi denunciada primeiramente pelo próprio Dworkin.¹⁹

O primeiro dos questionamentos dworkinianos ao mestre foi a questão dos princípios: o jusfilósofo assegurou sua existência como uma “distinção lógica” em relação às regras, pois para o autor, enquanto as regras são interpretadas de forma binária (all or nothing fashion), princípios têm na sua hermenêutica a característica de orientar a interpretação judicial a partir de determinada razão, sem necessariamente apontar para uma decisão particular — podendo diferentes princípios, em um mesmo caso, apontar para decisões divergentes. Essa orientação principiológica é chamada pelo autor de “dimensão de peso” (dimension of weight) (DWORKIN, 1978, p. 24–28).

É deduzindo a diferença entre princípios e regras que Dworkin afirma a tese de que o juspositivismo implica a discricionariedade judicial. Para o autor, a partir da tese das fontes sociais adotada pelos positivistas, princípios não poderiam ser enquadrados como direito válido. Logo, com a impossibilidade lógica de as regras cobrirem todas as hipóteses de incidência, quando se esgotassem as normas aplicáveis a determinado caso, o julgador necessitaria, discricionariamente, criar direito novo. Essa afirmação encontraria razão pela

¹⁸ Joseph Raz (2002, p. 146) elenca seis considerações sobre a regra de reconhecimento tal como desenvolvida por Hart: (i) A regra de reconhecimento é uma regra que exige que aqueles que compõem o sistema jurídico, enquanto membros oficiais, apliquem as regras identificáveis a partir do critério de validade por ela exposto. (ii) Todo sistema jurídico tem ao menos uma regra de reconhecimento. (iii) Nenhum sistema jurídico tem mais de uma regra de reconhecimento. (iv) Toda regra de reconhecimento é aceita e praticada pelos *officials* do sistema jurídico de que faz parte. (v) Os *officials*, ainda que a observem — e devem observá-la, aplicando as regras que dela são derivadas — não precisam, necessariamente, *aprova-la como uma regra intrinsecamente boa ou moralmente justificável*. (vi) Um sistema jurídico é constituído por sua regra de reconhecimento e todas as demais regras identificáveis a partir dela.

¹⁹ A discricionariedade judicial como terceira tese do positivismo jurídico é controvertida. Por mais que seja reconhecida como uma “consequência” ou “fatalidade” pelo positivismo exclusivo (*hard facts positivism*), autores como Himma (1999) defendem que a tese das fontes sociais e a discricionariedade judicial são incompatíveis (*cf.* a nota 12, *supra*).

própria tese hartiana da “regra de reconhecimento” ser uma regra, e não um princípio. Nesse caso, para Dworkin, ou o positivismo afirma os princípios como extrajurídicos, ou a tese é derrotada, pois a regra de reconhecimento é incompatível com a criação de normas extrajurídicas, como o próprio positivismo hartiano afirma serem os princípios (DWORKIN, 1978).

É do argumento dos princípios, portanto, que Dworkin deriva (e sustenta) a discricionariedade como uma das grandes teses do positivismo jurídico. Isso porque, na medida em que (i) os positivistas afirmam que os sistemas jurídicos têm, cada um à sua maneira, um teste criteriológico capaz de determinar o que configura direito válido (“tese do pedigree”), eles devem também afirmar — segundo Dworkin — (ii) que os princípios não são direito válido. Se os princípios não são direito válido, e o direito é constituído apenas pelas regras (que assim o são de acordo com seu “pedigree”); e se a impossibilidade de as regras cobrirem todos os casos possíveis é uma questão lógica, assim como as decisões judiciais para além do conteúdo fixado por essas regras são uma realidade em qualquer sistema, segue-se disso que toda atividade judicial que está para além da esfera das regras jurídicas dá-se com base no poder discricionário do juiz: discricionário porque livre de qualquer padrão jurídico que o vincule em uma ou outra direção.

Em obra posterior, *Law’s Empire*, Dworkin continuou seu questionamento a Hart, afirmando que o positivismo jurídico, para sustentar-se, necessitaria que todos os atores envolvidos nas relações jurídicas partissem do mesmo pressuposto do que seria o direito, o que Dworkin nega ser possível, por entender o direito como um fenômeno interpretativo. Por isso ele sustenta as teorias positivistas como “teorias jurídicas semânticas” (*semantic theories of law*), pois elas têm no seu cerne a exigência de pré-acordos semânticos do que o Direito é, sendo portanto teorias descritivas e não prescritivas ou normativas (DWORKIN, 1986).²⁰

²⁰ O positivismo analítico, segundo a nova tese *dworkiniana* em *Law’s Empire*, parte do pressuposto de que todos os conceitos — incluindo, pois, o conceito de direito — são conceitos *criteriais*: conceitos que são compartilháveis somente quando as pessoas que os compartilham concordam em uma definição da qual se derivem os critérios para a aplicação correta do termo ou frase associada. Aqui, é importante que se diga que, embora sejam relacionados, e embora sejam muitas vezes confundidos um com o outro, o (1) argumento dos

Apesar de a tese de Dworkin ser bastante difundida em solo nacional — mesmo que mal compreendida e instrumentalmente utilizada como um álibi retórico para diversos decisionismos — ela foi ao menos estudada no pós-1988. Quanto às teses de Hart e sua famosa resposta à Dworkin, publicada após seu falecimento em pós-escrito editado por seus pares Penelope A. Bulloch e Joseph Raz à segunda edição britânica de *O conceito de direito* (1994), esta foi por muito tempo ignorada pela maioria de nossos constitucionalistas, especialmente à época de seu lançamento.²¹ Contudo, o elemento mais importante para nossa discussão neste trabalho, entre as várias respostas que Hart deu à Dworkin no pós-escrito, se refere ao ponto trazido ao debate que se tornou determinante para delimitar uma linha que até hoje divide dois tipos de positivismos, o exclusivo/excludente e o inclusivo/includente.

Em sua diferenciação entre princípios e regras, Dworkin descreve que, para o positivismo jurídico, os sistemas têm, à sua maneira, um critério para verificar a validade de uma norma, chamado por ele de “tese do pedigree”, o que seria uma maneira alternativa de denominar a tese das fontes. Se os princípios, por outro lado, não são direito válido pois não se enquadram no teste, conclui-se que, para os positivistas, o que vale como direito é a regra, deixando-se os princípios no campo extrajurídico, e, assim, sob a égide da discricionariedade

desacordos teóricos e o (2) argumento do agulhão semântico não são exatamente a mesma coisa. O (1) argumento dos desacordos gira em torno da própria ideia do desacordo teórico enquanto obstáculo; trata-se de um argumento sobre como qualquer teoria aceitável do direito não pode ser meramente *descritiva* (se há desacordos que recaem sobre os fundamentos próprios do direito enquanto direito, nenhuma teoria que pretenda tão somente descrevê-lo poderá explicar esses desacordos, assim como — ou precisamente em razão disso — nenhuma teoria que pressupusesse que todos compartilhamos as mesmas *crenças* sobre esses fundamentos poderia dar certo). Nesse sentido, o argumento dos desacordos é um argumento sobre como o direito é necessariamente *prática argumentativa*. O (2) argumento do agulhão semântico, por sua vez, tem ainda a especificidade de atacar já em si uma tentativa de resposta positivista à possibilidade de desacordos em um sistema jurídico; uma resposta que, buscando dar conta dos tipos de casos tais como aqueles exemplificados por Dworkin, só consegue oferecer alternativas comprometidas com uma semântica criterial: isto é, alternativas segundo as quais o uso da palavra ‘direito’ pressupõe uma regra compartilhada que dispõe os critérios que determinam seu significado. O agulhão semântico, assim, é a *justificativa*, a explicação de por que há teóricos que negam a possibilidade mesma de desacordos teóricos em um sistema jurídico nos termos colocados por Dworkin. O argumento dos desacordos, porque mais amplo, é mais poderoso — o positivismo não será vítima do agulhão semântico se demonstrar não estar comprometido com a semântica criterial.

²¹ Um fato anedótico — mas bastante significativo — que pode servir como prova para nosso argumento é que a primeira tradução de *O conceito de direito* foi editada no Brasil apenas em 2009, pela editora WMF Martins Fontes, ou seja, quinze anos após a publicação da segunda edição original da obra. Por que até então não houve interesse editorial no Brasil em publicar um dos maiores clássicos da teoria do direito?

judicial, pois dentro da regra de reconhecimento não há como tirar qualquer fórmula que sirva de teste para verificar se um princípio é jurídico ou não. Qualquer “versão” da regra de reconhecimento que se submetesse a princípios (jurídicos ou não) estaria fadada ao fracasso (DWORKIN, 1978).

Hart discorda da diferenciação entre regras e princípios feita por Dworkin. Segundo o mestre, o critério máximo de validade jurídica de alguns sistemas admite a incorporação de princípios morais e de justiça substantivos. Estaríamos então dentro de um exemplo em que a regra (jurídica) de reconhecimento admite certos padrões morais (extrajurídicos). Essa constatação definiu aquilo que Hart chama de *soft positivism*, posteriormente denominado de positivismo inclusivo ou includente, pois admite a inclusão de certos padrões de moralidade dentro da regra de reconhecimento — que é o último grau de juridicidade em determinada comunidade (HART, 2012).

Discípulos de Hart como Joseph Raz (1994) e outros autores como Scott J. Shapiro (2011), por sua vez, elaboraram uma corrente positivista mais radical em relação à teoria das fontes e aos limites do Direito enquanto norma. Denominada de positivismo exclusivo/excludente ou *hard facts positivism*, essa corrente defende que o direito é direito válido porque foi promulgado por uma legislatura, decidida por meio de um precedente judicial ou mesmo inaugurado por uma decisão administrativa. Portanto, o Direito é, para os exclusivistas, determinado apenas por fatos sociais — e quando esses se esgotam, o juiz tem discricionariedade para decidir conforme os melhores padrões morais disponíveis; enquanto os inclusivistas pós-Hart admitem que certos padrões de moralidade (fatos morais) possam ser incorporados pela regra de reconhecimento, a qual, em última instância, é determinada por um fato social (SHAPIRO, 2011).²²

Como se não bastasse a dificuldade em diferenciar a tradição positivista analítica da continental e os dois positivismos pós-Hart, temos ainda uma corrente atual que busca transcender o descritivismo sem admitir em sua totalidade o interpretativismo de Dworkin. É como se filiam autores como o filósofo do direito Jeremy Waldron (2001), que com seu

²² Para uma exposição muito mais completa do debate Hart-Dworkin, ver Shapiro (2007).

positivismo normativo (ou ético) rejeita uma análise meramente conceitual ou descritiva do Direito, mas busca, sob uma perspectiva de defesa da legitimidade democrática e do rule of law, prescrever uma teoria jurídica adequada ao Estado de Direito atual, se afastando parcialmente da tradição analítico-descritiva pós-Hart para se aproximar novamente de autores positivistas mais clássicos como Jeremy Bentham (BUSTAMANTE, 2015).²³

Depois de expor (evidentemente que de forma sintética) algumas variações do positivismo de tradição analítico-descritiva, podemos concluir o quão difícil é posicionar uma teoria jurídica como “pós-positivista”. Descrever que “vivemos um período de pós-positivismo” em meio a um debate tão rico soa leviano e revela um profundo desconhecimento sobre a atual conjuntura da teoria do direito. Conhecendo os pormenores do debate analítico, restam hoje no Brasil poucos juristas que de fato apresentaram uma teoria pós-positivista, i.e., que trataram com afincado a discricionariedade judicial. Os que o fizeram, contudo, se filiam total ou parcialmente, ao interpretativismo de Dworkin.²⁴ E, mesmo em Dworkin, não há que se falar em superação do positivismo, mas sim em amplo e franco debate, que continua vivo especialmente quando se trata da discricionariedade judicial. Como as propostas neoconstitucionalistas (contraditoriamente) admitem a discricionariedade ao mesmo tempo que rejeitam o positivismo (igualando-o ao legalismo) não é possível classificar tal movimento multifacetado como o neoconstitucionalismo — e muito menos o “período em que vivemos” — de “pós-positivista”.

4.2. Entre antipositivismo retórico e positivismo inconsciente

Como vimos, a discricionariedade (ou a ausência de uma teoria da decisão) judicial se apresenta como a raiz do problema do positivismo jurídico contemporâneo, visto que a razão prática de que falam os analíticos não está(ria) dentro do escopo descritivo. O debate

²³ Morbach (2020) analisa a obra de Waldron em sua íntegra como uma “terceira via” entre interpretativismo e positivismo.

²⁴ Há muitos autores filiados a outras jurisprudências normativas (não-analíticas) que rejeitam tanto o interpretativismo *dworkiniano* quanto os diversos positivismos. Entre esses juristas, por mais diferentes que sejam as teorias que defendam, é possível observar tendências pragmáticas, sociológicas, pluralistas ou mesmo a defesa do jusnaturalismo.

Hart-Dworkin, marco da teoria do direito contemporânea, trouxe à tona essa questão sem repercutir com a ênfase devida na doutrina constitucional brasileira nos anos 1990. A doutrina brasileira, eventualmente, se debruçou sobre o problema, mas apenas de maneira mais enfática quando o discurso neoconstitucionalista já era predominante.²⁵

Com as críticas devidamente expostas e o debate entre positivistas e interpretativistas invadindo de vez a doutrina constitucional brasileira, o caminho estava aberto para autores mais especializados em positivismo, a exemplo de Rubens Glezer (2017), identificarem um interesse inconscientemente positivista no judiciário brasileiro, que adota retoricamente um discurso antipositivista enquanto sua intenção real sempre foi a de aumentar seus poderes decisórios e assumir de vez o protagonismo deliberativo. Apesar de Glezer argumentar por um positivismo inconsciente especificamente na obra de Barroso, pensamos que, dada a influência de sua doutrina, pode-se inferir que há um positivismo inconsciente em boa parte do pensamento jurídico vinculado ao neoconstitucionalismo, bem como nos demais movimentos jurídicos que advogaram pelo protagonismo judicial sem freios para promoção de justiça social, caso do Direito Alternativo. O detalhe dessa “inconsciência” se dá na parca recepção do positivismo analítico-descritivo pelos autores que a elas estavam vinculados.

De todo modo, ao nosso juízo, a questão da discricionariedade judicial toma uma nova dimensão na realidade brasileira por conta do histórico institucional de nosso poder judiciário. A importação do neoconstitucionalismo evidenciou uma tendência internacional (HIRSCHL, 2013) de maior protagonismo da jurisdição constitucional que em terras nacionais vem tomando dimensões políticas inéditas (ARGUELHES, 2009). Nesse contexto, conhecer o positivismo jurídico com mais propriedade — filiando-se ou opondo-se a ele — seria um passo importante para discutirmos como melhorar a racionalidade judicial no País.

Ter uma teoria constitucional que paira entre antipositivismo retórico e positivismo inconsciente — e poucos saberem disso — serve indiretamente para que o judiciário acumule

²⁵ Lenio Streck, nesse sentido, se mostra como um pioneiro no Brasil dentro dessas críticas aos decisionismos do judiciário e suas relações com teorias que advogam ou admitem a discricionariedade judicial.

mais poder sem por isso sofrer uma crítica adequada e dentro dos limites democráticos e teóricos ao longo deste processo, tendo como consequência a continuidade do disfuncional personalismo judicial e consagrando a postura política das cortes brasileiras de poder moderador, como já afirmou Christian Lynch (2012).

A urgente questão que se faz presente hoje no constitucionalismo não se resume apenas a aceitar ou rejeitar a discricionariedade judicial, mas sim em como promover a racionalização das decisões judiciais dentro do contexto das novas relações entre poderes, alertada por autores como Frank Vibert (2007). Urge, portanto, uma teoria que prescreva novas formas para que juízes assumam sua responsabilidade política e, dentro das regras do jogo e através do respeito às instituições, reivindiquem a autonomia do direito. A instrumentalização da lei, à maneira consequencialista, em nome de qualquer propósito — por mais virtuoso que seja —, não garante accountability ao processo decisório. Alcançar tal racionalização, admitindo ou não a discricionariedade, sem que a mesma incorra em disfuncional ativismo judicial, é um debate que não parece ter fim próximo no horizonte epistêmico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com esse trabalho esperamos haver concluído duas questões que foram discutidas ao longo do texto. A primeira é que a influência de autores estrangeiros associados ao neoconstitucionalismo perante o STF — apesar de muito debatida — não chegou a alterar de fato a operacionalidade da corte, o que revela uma tradição personalista e formalista bastante consolidada do judiciário nacional. A exceção que pode ser feita é sobre a influência que o movimento neoconstitucionalista teve sob a jurisprudência do STF que promoveu uma guinada em favor de uma agenda protetiva dos “direitos de liberdade”, i.e., direitos individuais, embora não tenha ocorrido o mesmo em favor dos direitos sociais e garantias processuais penais. Com efeito, a lógica neoconstitucionalista, dessa forma admitida pela corte, não alterou o modo de decidir do STF, mas trouxe novas pautas a corte, as quais, por sua relevância política, inclinaram o tribunal a assumir um protagonismo ainda maior,

seguindo a tendência mundial. Podemos afirmar que o neoconstitucionalismo, desde sua importação ao País, evoluiu de maneira peculiar em território nacional, angariando apoio acadêmico e institucional, mas nunca podendo ser definido em linhas claras, apenas em influências difusas. Dessa forma, como foi institucionalizado especialmente no âmbito da jurisdição, pode ser compreendido como uma ideologia judicial, que esconde um papel de garantir uma máscara erudita a uma tradição subjetivista antiga que perpassa as mais profundas raízes da linhagem histórica do judiciário brasileiro.

A segunda se refere a como a doutrina brasileira, mesmo em seus matizes críticos, exemplificados no trabalho por meio do Direito Alternativo, não resolveu a questão da ascensão do judiciário e suas relações com a legitimidade democrática, mas foi além disso, e influenciou a recepção do neoconstitucionalismo no País, chegando ao solo nacional como doutrina que encontrou uma geração de constitucionalistas pronta para aceitar esse tendência mundial de ascensão do judiciário sem uma reflexão mais aprofundada. Utilizamos como exemplo dessa baixa reflexão a parca densidade da recepção que as doutrinas positivistas tiveram no País, especialmente o debate Hart-Dworkin, que revelou à teoria do direito contemporânea os primeiros sinais de que a discricionariedade judicial merecia uma atenção devida por parte dos filósofos do direito. Demonstramos, assim, que o positivismo analítico-descriptivo de H. L. A. Hart e seus derivados perante o debate com Ronald Dworkin demoraram a chamar a atenção da academia jurídica brasileira, que por sua vez insistiu em assumir Dworkin como um neoconstitucionalista, sem compreender sua obra em seu cerne — a rejeição à discricionariedade como condição de possibilidade para um judiciário democrático.

Espera-se que com essas linhas possamos ao menos ter tido êxito em demonstrar alguns argumentos de como a teoria constitucional e a prática judicial no Brasil pós-1988, não obstante terem intencionado um constitucionalismo concretizador de direitos, não apresentaram uma solução para adequar as promessas da CRFB/88 com a questão do crescente protagonismo judicial. Se não estivermos tão errados, o leitor haverá de concordar que o parco conhecimento dos debates entre interpretativistas e positivistas e suas propostas

teóricas — seja ele um projeto ou meramente uma consequência da consolidação do neoconstitucionalismo e do histórico do judiciário brasileiro de personalismo institucional e baixa permeabilidade à teoria do direito (dogmatismo) — são alguns dos fatores do desenvolvimento de uma prática jurídica que proclama uma retórica antipositivista, mas revela um positivismo inconsciente.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Discrecionalidade judicial e Teoria do Direito, **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVII, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013.

ANDRADE, Lédio Rosa de. **O que é Direito Alternativo?** 3. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

ARGUELHES, Daniel Werneck. O Supremo na política: A construção da supremacia judicial no Brasil. **Revista de Direito Administrativo — RDA**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 5-12, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Rev. Bras. de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 23-50, 2015b.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015a.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A breve história do positivismo descritivo: O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? **Novos Estudos Jurídicos — NEJ**, Itajaí, vol. 20, n. 1, p. 307-327, jan./abr. 2015.

CARBONELL, Miguel. (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

CARBONELL, Miguel. Presentación: el neoconstitucionalismo em su labirinto.

COLEMAN, Jules L; HIMMA, Kenneth E; SHAPIRO, Scott J. (ed.) **The Oxford handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

GLEZER, Rubens. O voto sem razão (jurídica): O positivismo inconsciente de Barroso. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **A razão e o voto**: Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução: Antônio Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HIMMA, Kenneth E. Judicial discretion and the concept of law. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 19, n. 1, p. 71-82, 1999.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Tradução: Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. **Revista de Direito Administrativo — RDA**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, 2013.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O caminho para Washington passa por Buenos Aires: A recepção do conceito argentino do estado de sítio e seu papel na construção da República brasileira (1890-1898). **Rev. Bras. de Ciências Sociais — RBCS**, v. 27, n. 78, p. 149-196, fev. 2012.

MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISSONO, Alexandre Travessoni Gomes. (org.). **Hans Kelsen**: Teoria jurídica e política. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, v. 2, n. 21, p. 339-353, 1998.

RAMALHO, Raineri. **STF e o neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain**: Essays in the morality of law and politics. Oxford: Clarendon Press, 1994.

RAZ, Joseph. **Practical reason and norms**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 146.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes**: Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão.; SARLET, Ingo Wolfgang. (coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 09-49.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. **University of Michigan Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657. Acesso em: 17 jun. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: Cinquenta verbetes fundamentais de teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. O constitucionalismo no Brasil e a necessidade insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo. **Rev. do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 11-28, dez. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem somos: A magistratura que queremos**, Associação dos Magistrados Brasileiros, 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf. Acesso em 17 jun. 2021.

VIBERT, Frank. **The rise of the unelected**: Democracy and the new separation of powers. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

WALDRON, Jeremy. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules L. (ed.). **Hart's postscript**: Essays on the postscript to the Concept of Law. Nova York: Oxford University Press, 2001. p. 410-435.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Acadêmica, 1991.

Data da submissão: 06/04/2023

Data da primeira avaliação: 22/12/2023

Data da segunda avaliação: 27/01/2024

Data da aprovação: 29/01/2024