

## 5

### Conclusão

Ao longo dos capítulos anteriores, buscou-se apresentar o positivismo jurídico como uma tradição que tem como origens remotas a afirmação de leis positivas – já desde os Diálogos platônicos – e como origem imediata a *Jurisprudence* inglesa no mundo anglo-saxônico e as “escolas” Histórica e da Exegese na Europa continental. A partir daí, examinou-se sua evolução, que procurava aprimorar os critérios de identificação e aplicação do direito, com destaque aos dois principais nomes do juspositivismo do século XX – Kelsen e Hart.

O refinamento do positivismo proposto por Hart – baseado centralmente na idéia de textura aberta da norma e de duas classes de regras – sofreu um profundo questionamento quando criticado por Ronald Dworkin. Mais do que revelar inconsistências viscerais do positivismo jurídico, a principal virtude da crítica dworkiana foi estimular a produção de alternativas à explicação da relação existente entre direito e moral.

Paralelamente, os sistemas jurídicos do segundo pós-guerra passaram a apresentar textos constitucionais cada vez mais recheados de valores morais que foram incorporados ao seu texto. Estas cartas constitucionais com diversas cláusulas valorativas geraram o “desafio da carta” ao qual se refere Waluchow – isto é, dar conta de regras de reconhecimento que possuam valores substanciais como critérios de identificação do direito – característica de boa parte dos estados constitucionais contemporâneos.

O positivismo jurídico vê-se então em uma encruzilhada, e numerosos são os esforços para demonstrar que a teoria juspositivista é capaz de oferecer respostas adequadas à aplicação de princípios morais no âmbito jurídico. No extremo oposto às críticas de Dworkin, surge a versão exclusiva do positivismo jurídico, que, tendo Joseph Raz como maior expoente, refuta que a identificação do direito possa depender de considerações morais, pois isto inviabilizaria a função primordial do direito: possuir autoridade para guiar condutas, fazendo assim uma diferença prática no agir tanto dos aplicadores do direito, como nos cidadãos comuns. A identificação do direito se dá por um critério exclusivamente de fonte, não de conteúdo. As previsões valorativas do direito representariam,

em linhas gerais, não um critério de identificação do direito, mas uma delegação de poder ao aplicador para agir discricionariamente em determinados casos.

O positivismo jurídico inclusivo surge para demonstrar a viabilidade de uma teoria positivista que se encontra entre o positivismo exclusivo de Raz e a teoria do direito como integridade de Dworkin. Essa proposta inicial da teoria inclusiva marcou todo seu desenvolvimento e marca até hoje o desenrolar dos debates. Tem-se assim uma teoria de cunho eminentemente defensivo, que só pode ser entendida, portanto, a partir das críticas dworkianas e refutações da versão exclusiva.

Por ter sido este o foco de todo amadurecimento da teoria inclusiva, optou-se por manter a mesma abordagem no presente trabalho, tentando dar conta dos principais ataques que ela recebeu e das respostas que logrou proporcionar. Passados cerca de quarenta anos do início do debate, objetivou-se traçar um balanço do que restou após rios de tinta que correram sobre o tema.

De todo o exposto, creio que podemos enumerar em quatro pontos as conclusões principais a que chegamos:

- 1) O positivismo jurídico é uma tradição de pensamento que engloba teses logicamente independentes e muitas vezes contraditórias. Ao se perquirir qual seria então um núcleo comum que permita denominar estas teses “positivistas”, esbarra-se em outras teses confusas e ambíguas como a “tese da separação entre direito e moral” e a “tese das fontes sociais”. Portanto, concluímos que o verdadeiro ponto em comum de todas as correntes positivistas é encarar o direito como fruto de convenções, de práticas sociais complexas. Esta não pretende ser uma definição de direito, mas apenas um núcleo comum sobre a qual as diversas correntes positivistas adicionam suas notas distintivas, em especial como se relacionam e se diferenciam estas práticas e convenções jurídicas das práticas e convenções morais.
- 2) Dentre estas diversas teorias positivistas, centramos nossa análise no positivismo inclusivo, cujas origens remontam à década de 70 do século passado. Apesar da peculiar natureza defensiva da teoria, que fez com que em muitos momentos o debate se centrasse sobre a viabilidade de uma teoria e não sobre a realidade do direito, e apesar da questão por muitas vezes parecer um diálogo de surdos

centrado apenas em etiquetas e debates nominais, o positivismo jurídico inclusivo logrou apresentar respostas convincentes aos desafios que se lhe colocaram, provando ser uma teoria conceitualmente viável, capaz de manter a pretensão hartiana de se tratar de uma teoria descritivo-explicativa e de dar conta dos padrões morais inseridos nos ordenamentos jurídicos dos estados constitucionais.

- 3) Mesmo dentro da corrente inclusiva, vimos que também existem fortes divergências, sendo a principal delas em relação ao caráter necessário ou suficiente que a moral pode desempenhar na identificação do direito. Ambas as versões são conceitualmente viáveis, mas apenas aquelas teorias que encaram a moral como condição necessária e não suficiente – Waluchow, Moreso, Kramer - possuem viabilidade e aplicação prática, sendo portanto consideradas por nós preferíveis em relação a outras teorias inclusivas que admitem a suficiência da moral para determinação do direito.
- 4) Qual será o desfecho para o referido debate não se pode precisar. Trata-se de uma disputa ainda candente e sobre a qual ainda se despenderá muita energia, tanto na teoria do direito como no direito constitucional. De certo resta apenas que o positivismo jurídico não é uma teoria decadente e ultrapassada, incompatível com o estágio do processo civilizatório e que deva ser abandonada em nome de teorias “neos” e “pós”. Cuida-se de uma teoria viva, que, com ou sem qualificativos, continua buscando a teorização descritivo-explicativa dos ordenamentos jurídicos, inclusive aqueles permeados por cláusulas valorativas, como os estados constitucionais contemporâneos.