

# O Positivismo Jurídico em xeque: as diferentes faces do juiz

**Autor: José Paulo Schneider (FAPERGS/IMED)**

## INTRODUÇÃO:

O conceito de Direito é influenciado pelas diferentes características existentes na relação entre Direito e Moral. Concentrando-se no ato de aplicação do Direito, essas diferentes faces influenciam no reconhecimento do juiz como um agente moral criador de normas jurídicas. Pensando nisso, o presente trabalho tem como objetivo apresentar as diferentes concepções de Positivismo Jurídico (Hobbes, Exegético e Normativista) considerando a respectiva relação de cada uma delas com a Moral e a função do juiz nesse enredo. A relevância deste trabalho está na precisão das concepções positivistas para embasar as discussões atuais sobre a legitimidade do Direito considerando a presença de elementos morais. A repercussão disso pode ser encontrada, por exemplo, quando se discute a (i) legitimidade de decisões judiciais sobre Direitos Fundamentais em que se questiona a Moral como fundamento do Direito.

## OBJETIVOS:

- a) Ensejar determinadas reflexões acerca do estudo e aplicação do Direito, buscando tratar, especificamente, sobre Positivismo Jurídico;
- b) Resgatar as “escolas positivistas”, bem como as características do juiz concebido pelo Positivismo Jurídico, como caminho à compreensão das (im)possibilidades jurídicas adequada à concepção de Constitucionalismo Contemporâneo, sobretudo, no que tange à tutela e efetividade dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito.

## METODOLOGIA:

O método empregado é o fenomenológico-hermenêutico, visto que o estudo proposto adota as premissas da *Crítica Hermenêutica do Direito*. A análise recai sobre documentação indireta de natureza jurídica, mediante pesquisa bibliográfica.

A pesquisa divide-se em três etapas: (1) pesquisa bibliográfica, consistente em levantamento e fichamentos da literatura especializada, voltados à compreensão do fenômeno jurídico investigado (etapa concluída); (2) estudo de casos, especificamente das decisões judiciais (etapa em andamento); (3) produção bibliográfica, consistente na divulgação dos resultados através da publicação de textos (etapa em andamento).

## RESULTADOS:

Em virtude da pesquisa estar em andamento os resultados alcançados são parciais.

Todavia, o estudos e resultados obtidos om o presente trabalho proporcionaram e corroboraram com a elaboração de artigo científico, qual seja:

**MORAIS, Fausto Santos de; SANTOS, J. P. S. O POSITIVISMO JURÍDICO EM XEQUE: descobrindo as faces do juiz. VIII Mostra de Iniciação Científica. IMED, Passo Fundo. 2014.**

Esclarece-se que o trabalho é apenas parte da pesquisa desenvolvida no projeto “O constitucionalismo dirigente como pressuposto para a democracia sustentável: o problema da concretização dos direitos fundamentais via princípio da proporcionalidade”, que ainda implicará: (a) na identificação dos elementos positivistas na concretização dos Direitos Fundamentais via princípio da proporcionalidade; (b) na construção de um paradigma condizente com a relação entre Direito e Moral e o problema da discricionariedade judicial; (c) na discussão da qualidade racional das decisões judiciais sobre Direitos Fundamentais; (d) na produção de trabalhos científicos (etapa parcialmente em andamento) para socialização da pesquisa.

## CONCLUSÃO:

Atendendo ao objetivo do presente trabalho, foi possível identificar diferentes momentos de representatividade da figura do magistrado, algo que variou de acordo com a concepção de Positivismo Jurídico estudada. Reconhecer isso, na verdade, importa em refletir sobre os reflexos da relação entre Direito e Moral – principalmente ao se falar de um Constitucionalismo Contemporâneo – com o resgate dos pressupostos constitutivos do paradigma positivista.

Com efeito, estudar o Positivismo Jurídico possibilita a obtenção de conhecimento base para a compreensão de fenômenos visíveis no Direito hodierno, como por exemplo, a discricionariedade na realização de Direitos Fundamentais via princípio da proporcionalidade pelo STF ou na resolução de problemas jurídicos com recurso ao ativismo judicial.

