

ÉCIO OTTO
SUSANNA POZZOLO

NEOCONSTITUCIONALISMO E POSITIVISMO JURÍDICO: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição

3ª edição com Posfácio de Lenio Luiz Streck



Florianópolis - 2012

Editora CONCEITO EDITORIAL**Presidente**

Salézio Costa

Editor Chefe

Salézio Costa

Editores

Orides Mezzaroba

Valdemar P. da Luz

Assistente Editorial

Rosimari Ouriques

Diagramação

Felipe Teles

Conselho Editorial

André Maia

Adriana Mildart

Aline de C. M. Maia Liberato

Carlos Alberto P. de Castro

Cesar Luiz Pasold

Diego Araujo Campos

Edson Luiz Barbosa

Fauzi Hassan Choukr

Jacinto Coutinho

Jerson Gonçalves C. Junior

João Batista Lazzari

Jonas Machado Ramos

José Antônio Peres Gediel

José Antônio Savaris

Lenio Luiz Streck

Marcelo Alkmim

Martonio Mont'Alverne B. Lima

Michel Mascarenhas

Renata Elaine Silva

Samantha Ribeiro Meyer Pflug

Sérgio Ricardo F. de Aquino

Theodoro Vicente Agostinho

Vicente Barreto

Wagner Balera

944177

Catalogação na Publicação: Bibliotecária Cristina G. de Amorim CRB-14/898

O89n

Otto, Écio

Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição / Écio Otto; Susanna Pozzolo - Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

220p.

ISBN 978-85-7874-300-0

I. Teoria do Direito - Constituição - Neoconstitucionalismo I. Pozzolo, Susanna II. Título

CDU - 340

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.
A violação dos direitos autorais é punível como crime, previsto no Código Penal e na Lei de direitos autorais (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

© Copyright 2012 Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Rua Felipe Schmidt, 321 - sala 1003, Centro, CEP 88010-000 - Florianópolis/SC

Editorial: Fone (48) 3205-1300 - editorial@conceitojur.com.br

Comercial: Fone (48) 3240-1300 - comercial@conceitojur.com.br

www.conceitojur.com.br

SUMÁRIO

PARTE I

ÉCIO OTTO.....	13
----------------	----

NEOCONSTITUCIONALISMO E POSITIVISMO JURÍDICO:

Uma introdução ao neoconstitucionalismo e
às formas atuais do positivismo jurídico

1. O Estado e o direito em direção ao neoconstitucionalismo	15
2. As classes de positivismo jurídico contemporâneo	27
2.1 O positivismo jurídico sem qualificativos: a estrita defesa das teses básicas hartianas	29
2.2 Os modelos qualificativos de positivismo jurídico	36
2.2.1 O positivismo jurídico exclusivo	37
2.2.2 O positivismo jurídico inclusivo.....	41
2.2.2.1 A tese da incorporação da moral	41
2.2.2.2 A tese do convencionalismo	42
2.2.2.3 A tese da diferença prática.....	45
3. Um <i>parêntesis</i> : o jusnaturalismo contemporâneo	46
4. A nova dogmática constitucional e a teoria do direito.....	48
5. A título de conclusão: um modelo sistematizador das propriedades do neoconstitucionalismo	55

PARTE II

SUSANNA POZZOLO63

O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO ÚLTIMO DESAFIO
AO POSITIVISMO JURÍDICOA reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito:
suas incompatibilidades com o positivismo jurídico
e a descrição de um novo modelo

1. Introdução – Neoconstitucionalismo: o nome, as origens	65
2. Democracia e constitucionalismo	67
2.1 Estrutura do ordenamento e concepção de norma jurídica	69
2.1.1 Neutralidade valorativa	71
2.1.2 Um modelo constitucional ou um conceito de Constituição?	73
2.1.2.1 O “modelo prescritivo de Constituição concebida como norma”	75
2.1.2.2 Especificidade da interpretação constitucional?	81
2.1.2.3 Interpretação moral da Constituição	84
3. Os princípios legalismo e constitucionalismo	88
3.1 O direito é composto (também) de princípios – a ponderação dos princípios	89
3.2 Regras, princípios e justificação judicial	103
3.3 O conceito de aceitação hartiano e a tese da separação entre direito e moral	105
4. Jurisprudência e direito positivo: conjecturas sobre jurisprudência como fonte do direito	113
4.1 Positivismo jurídico e modelo G: teses de configuração	116
4.1.1 Algumas observações sobre o modelo G	117
4.2 “Indeterminacy” ou “Underdeterminacy”?	121
4.2.1 Underdeterminacy: configuração	122
4.2.2 Underdeterminacy global ou local?	124

4.3	Jurisdição, positivismo jurídico e modelo G.....	126
4.4	<i>Global underdeterminacy</i> e positivismo jurídico.....	131
4.4.1	<i>Global underdeterminacy</i> e <i>easy cases</i>	131
4.4.2	A existência de <i>easy cases</i>	132
4.4.3	<i>Easy cases</i> , convenções e estabelecimentos autoritários do significado.....	135
4.5	Contexto e convenções.....	140
4.6	<i>Background</i> e <i>easy cases: feedback</i> do significado.....	144
4.7	Estabelecimento autoritário de significado, <i>feedback</i> e “direito vivente”.....	146
4.8	1A eficácia <i>erga omnes</i> das normas jurisprudenciais.....	149
5.	Tarefas pragmáticas da teoria do direito.....	151
	BIBLIOGRAFIA.....	157
	POSFÁCIO.....	171