

ã? preciso compreender (e superar) o positivismo jurÁdico (parte 2)



Na [coluna do dia 6 de abril](#), apresentei uma breve síntese das coordenadas

caracterizadoras do positivismo jurídico, mais focado no primeiro objetivo enunciado pelo título: compreender os pilares dessa matriz de pensamento jusfilosófico em suas diversas faces. Conclui afirmando que, mesmo considerando a pluralidade de correntes positivistas, seus pilares já não se sustentam mais.

É chegado, então, o momento de mostrar a superação de cada uma das coordenadas caracterizadoras do positivismo jurídico, seguindo a mesma estrutura originalmente proposta por Fernando Bronze e adequando-as ao atual estado da arte no campo da Filosofia e teoria do Direito.

No plano político-institucional, a primeira coordenada que indicava o vínculo genético entre teoria positivista exegética e formalista com o Estado Liberal de Direito vislumbra que, apesar da forte influência econômica que tem levado ao neoliberalismo e desprezo pelo Direito em escala global^[1], a derrocada da doutrina liberal clássica e o compromisso funcional com o Estado Social e Democrático de Direito — de cariz keynesiano — tem implicado o surgimento de novas obrigações de realização dos direitos fundamentais positivados, não apenas os liberais clássicos, mas especialmente os sociais (início do séc. XX) e os difusos e coletivos (após a Segunda Guerra Mundial)^[2].

Nesse movimento, substitui-se o paradigma liberal-individualista no modo de produção do Direito pelas novas tarefas de realização da democracia material e efetivação dos direitos fundamentais (sentido amplo), o que levou a formas inovadoras de enxergar a estrutura e a função do Estado e também a atuação do Poder Judiciário^[3].

Isso implica dizer que não há mais espaço para a clássica teoria da democracia representativa e da divisão de poderes, pois a assunção pelo Judiciário do papel de guardião de uma Carta social-democrata implicou na exigência de maior ação substancial/material na determinação dos direitos pelas Cortes e na mudança dos mecanismos de interação social no próprio processo constitucional, com a crescente abertura para a participação de *amicus* e realização de audiências públicas que possam contribuir para a

legitimidade democrática da decisão, expressando um diálogo direto com a sociedade civil.

Reflexamente, a teoria do Direito tem rumado do Direito Privado para o Direito Constitucional, ou seja, fazer hoje teoria do Direito demanda a compreensão da Constituição e seu papel no atual quadrante da história. A constitucionalização do Direito e o hoje chamado novo constitucionalismo busca tomar para si o papel próprio do que outrora era exercido por categorias típicas de Direito Civil (*clique [aqui](#) para ver a coluna do dia 28/4*).

No eixo especificamente jurídico, o movimento constitucionalista impôs uma revisão na teoria da norma (agora pensada em termos de normas-princípio e normas-regra) e do ordenamento (com a prevalência da ideia de que o Direito se realiza na forma de um sistema aberto, dialógico, não mais pura teoria do ordenamento fechado e supostamente completo, na linha bobbiana)[\[4\]](#).

Permite-se, assim, o reconhecimento dos limites do monismo jurídico e a construção de direitos num diálogo entre a esfera normativa estatal e a realidade social, atualizando sentidos das palavras da lei sem permitir que isso recaia em arbitrariedade ou discricionariedade judicial. Há uma tranca linguístico-existencial que limita os significados.

Certamente o *topless* considerado indecente ou obsceno por Janio Quadros no início dos anos 60 não tem o mesmo significado na segunda década do século XXI. Mas essa mudança é fundante do próprio modo de existir de uma sociedade. Não é permitido que um magistrado diga solipsisticamente o que é isso e nem julgue com pautas morais subjetivas.

No que importa à coordenada axiológica, o *telos* do Direito deixa de se ater ao exclusivismo da validade normativo-conceitual e seu aspecto formal e passa a considerar a exigência de legitimidade material como requisito a ser observado na realização do Direito.

A Constituição surge, então, como o grande elo na tentativa de conciliar justiça e segurança jurídica através da compatibilização entre conteúdo e forma.

Isso se deve à absorção, em sede constitucional, do conteúdo inerente aos direitos humanos o que, pelo menos na maioria dos países do Ocidente, expressa a positivação de grande parte dos outrora princípios ideais jusnaturalistas.

Em relação à coordenada funcional, a insubsistência da construção de uma teoria científica do Direito (vide análise da próxima coordenada) levou-o a ser considerado como uma *práxis*, no sentido da divisão aristotélica dos saberes[\[5\]](#).

Assim concebido, a Constituição se torna a expressão de uma escolha política e do *ethos* de uma Nação, atuando como ponte entre os subsistemas ética, política e Direito, que passam a ser tratados como fenômenos sociais correlatos e dialogantes, sem que haja, necessariamente, perda de autonomia funcional e categorias próprias.

No tangente à diretriz epistemológico-metodológica, a ideia de uma ciência do Direito que opera com neutralidade e imparcialidade no interior de um ordenamento jurídico abstrato, conceitual e fechado (donde cientificamente se inferem verdades) sofreu grandes ataques das chamadas teorias críticas do

Direito[6].

Pode-se afirmar que, cada uma a seu modo, elas denunciaram a insuficiência teórica desse modelo, o mascaramento ideológico por ele promovido, sua função de manutenção do *status quo*, a dependência da economia e da política e as falhas da teoria linguística de viés puramente sintático-analítico, por ignorar as advertências da chamada semiologia do poder[7].

Destaca-se, também, o reconhecimento do caráter prático e não puramente teórico do Direito a partir das correntes que, ao rejeitarem a proclamada essência normativa do Direito, reduzem-no ao aspecto tópico-argumentativo, na linha de pensamento inaugurada por Viehweg no período do segundo pós-guerra[8].

Evidencia-se, desse modo, a insubsistência teórica da crença no caráter científico do Direito e de sua metódica axiomático-dedutiva, que não é mais defendida nem mesmo por analíticos contemporâneos, como, por exemplo, Hart[9].

Ainda do ponto de vista da epistemologia e metodologia jurídica, a consequência mais nítida da mudança na coordenada especificamente jurídica (emergência da teoria constitucional do Direito e admissão da normatividade plena dos princípios constitucionalizados de direitos fundamentais) é a inaplicabilidade da teoria da subsunção própria das regras e a busca de um modelo que possa imprimir alguma racionalidade e objetividade ao processo decisório.

Neste particular, os principais desafios a serem enfrentados, fonte de grande parte das discórdias doutrinárias, são: i) a superação da discricionariedade judicial e ii) as dificuldades na delimitação de sentido dos princípios jurídicos que, ao invés de fomentar divergências interpretativas, deveriam servir de critério para fechar o sentido hermenêutico do texto normativo.

O primeiro se deve ao reconhecimento da abertura semântica dos textos legais (até mesmo por positivistas contemporâneos) e pela constatação da insuficiência do sistema de regras, em especial nos chamados casos difíceis[10], cuja solução estaria na vinculação aos princípios jurídicos entendidos como imperativos normativos que vinculam o juiz[11].

O segundo desafio ocorre devido à ausência de consenso teórico sobre como superar a ambiguidade ou vagueza dos princípios jurídicos que, ao invés de limitar a discricionariedade, acabam servindo de alibi para maior liberdade judicial, a ponto de “justificar normativamente” decisionismos que podem colocar em perigo a própria democracia.

Por tratar de questões não resolúveis na seara da dogmática jurídica, esses desafios epistemológicos tornaram imperiosa a retomada do debate acerca dos fundamentos filosóficos da almejada objetividade na decisão, fazendo com que o olhar dos juristas constitucionalistas se voltasse para questões filosóficas contemporâneas, em especial as inerentes ao paradigma da filosofia da linguagem.

Assim, no plano filosófico, a emergência do paradigma da linguagem deixa claro que o positivismo enraizado no paradigma da filosofia da consciência não encontra mais força em seus fundamentos.

A presença da Filosofia no *Direito* durante os séculos XX e neste limiar do século XXI é notável até nos movimentos renovadores do positivismo jurídico, os quais foram buscar na filosofia analítica da

linguagem o fôlego para a própria sustentabilidade teórica.

Mesmo as escolaspositoras a esse neopositivismo, capitaneadas por filósofos do Direito do porte de Viehweg e Perelman, também defendem que a ontologia e epistemologia jurídica devem ser concebidas a partir da linguagem, só que em moldes retórico-discursivos[12].

Ao negar o normativismo e a metodologia axiomático-dedutiva, essas correntes enxergam a essência do Direito e sua metodologia de obtenção da verdade a partir de um viés quase exclusivamente argumentativo, assentado na noção de *práxis*, de modo que o Direito é pensado como uma *technè* realizável pela via da razão prática.

Todavia, nesse momento inicial da crítica argumentativa, ainda não se percebe a defesa consistente do caráter normativo da Constituição e ainda não há uma incursão profunda do paradigma da linguagem no Direito.

Desse modo, é no contexto da *guinada* linguística (hermenêutica e pragmática) que, majoritariamente, as soluções para os problemas epistemológicos são pensadas pelas correntes constitucionalistas contemporâneas.

A recepção da fenomenologia hermenêutica no Brasil, capitaneada por Lenio Streck nas obras já citadas, funda a ontologia jurídica na analítica existencial de Heidegger e se preocupa primordialmente com as condições de compreensibilidade do Direito e seu método a partir de existenciais historicamente situados, retirando da técnica (*Gestell*) o lugar da verdade e não se limitando ao aspecto normativo do Direito.

Ainda pela via hermenêutica, irrompe no cenário jurídico a perspectiva narrativo-constitutiva-interpretativista de Dworkin, fundada na concepção do Direito como integridade e na fundamentação objetiva dos princípios que não se confundem com pautas políticas ou morais.

De outra feita, com a consolidação da reviravolta linguístico-pragmática, emerge a ética do discurso e a noção habermasiana/apeliana da razão comunicativa como de grande influência na jusfilosofia contemporânea.

É notável a presença de teorias discursivas, em especial a vertente habermasiana, na análise de diversas dimensões do fenômeno jurídico, desde o problema da aproximação entre a elaboração normativa (âmbito da validade) com a realidade social (universo da facticidade) numa perspectiva democrática até uma releitura dos limites da decisão judicial baseada na Constituição e do papel dos juízes constitucionais.

No entanto, seu caráter polêmico tem gerado correntes francamente contrapostas ainda que, em sua origem, sejam fundadas nas mesmas categorias.

Com efeito, no interior desse pensamento se encontra desde as incursões do próprio Habermas no Direito, assentadas numa perspectiva restrita e predominantemente procedimental da atuação do Judiciário, até as apropriações da teoria do discurso jurídico como um caso especial do discurso moral geral, presente nas teses de Alexy.

Paradoxalmente esta última leva à defesa da intervenção do Judiciário em questões substanciais, mesmo que inerentes à política, desde que atue na defesa material dos direitos fundamentais.

Esse breve apanhado mostra que, no quesito epistemológico-metodológico, subsistem muitas divergências entre os defensores da via hermenêutica e os da argumentativa (e nestes, entre os procedimentalistas e substancialistas).

Considerado esse quadro esquemático, em comum resta a superação dos pilares do positivismo normativista da modernidade, com novas e profícuas possibilidades de reconstrução do pensamento jurídico a partir de uma consistente reaproximação com as categorias filosóficas que muito podem contribuir para a compreensão do fenômeno jurídico.

[1] Conforme bem pontua MIRANDA COUTINHO, esse desprezo é típico da ideologia neoliberal, pois o Direito seria um empecilho à eficiência economicista. (MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. O papel do pensamento economicista no Direito criminal de hoje. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*; Curitiba, V. 31, p. 37-39, 1999.

[2] STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS [Constituição, sistemas sociais e hermenêutica]*, Porto Alegre, 2005. p. 154.

[3] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 59 e ss.

[4] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1159.

[5] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

[6] Para um panorama das correntes críticas no Direito e o movimento do Direito alternativo, especialmente no Brasil, conferir: WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 85-157.



[7] Cf. WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

[8] VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento da imprensa nacional, 1979. (col. Pensamento Jurídico Contemporâneo, v. 01).

[9] HART, Herbert. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

[10] Para a crítica a esta concepção, conferir: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas no Direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. De maneira análoga: MARRAFON, Marco Aurelio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional*. Discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

[11] Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

[12] PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica e nova retórica*. Trad. Vergínia J. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.