

O paradigma positivista e o subjetivismo na aplicação do Direito

Eduardo Godinho
Mestre em Filosofia do
Direito pela USP
Autor da Juruá Editora
Assistente Jurídico no
TJSP

1 – O julgamento de Salomão

O Direito pode ser visto como uma tecnologia dirigida à resolução de conflitos¹. Os conflitos sempre existiram nas sociedades humanas e, desde os tempos mais remotos, são embriões de violência. Sua pacificação sempre exigiu uma boa dose de inteligência social, habilidade que os humanos detêm há muito, muito embora não fossem incomuns desfechos violentos, que punham fim às controvérsias, mas que deixavam um rastro de sangue em seu lugar. Ao longo do tempo, contudo, a nossa espécie desenvolveu uma linguagem ficcional que permitiu a criação de ordens imaginadas e propiciou a cooperação entre os indivíduos que compõem a coletividade. Essa linguagem ficcional deu origem a entidades que, a despeito de serem frutos de nossa imaginação coletiva, acabaram imbuídas de tremendo poder e influência sobre a vida comum. Entre essas entidades, é possível citar Estados, Religiões e, claro, Ordenamentos Jurídicos². A partir dessa mudança, passou a ser cada vez mais comum a

¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 1987, São Paulo, Editora Atlas, 4ª ed., 2003, Capítulo 3.

² Sigo aqui de perto as observações feitas por Yuval Harari acerca da incrível linguagem ficcional e de como ela propiciou uma revolução cognitiva que colocou a espécie humana no topo da cadeia alimentar. Sobre isso, HARARI, Yuval Noah. *Sapiens – uma breve história da humanidade*. Tradução de Janaína Marcoantonio. – 19ª ed. – Porto Alegre: Editora LP & M, 2017.

pacificação de conflitos por meio de uma terceira pessoa (heterocomposição) que as ordens imaginadas dotavam de poder para decidir no lugar dos sujeitos em litígio.

A famosa decisão proferida pelo Rei Salomão – citada na Bíblia (1Rs 3, 16-28) – é um bom exemplo, entre inúmeros outros, de uma autoridade impondo soluções às controvérsias concretas que lhe são apresentadas. Naquele caso concreto, o rei-juiz recorreu a sua própria intuição e sabedoria – largamente elogiada nos textos bíblicos – para concluir qual das mulheres litigantes deveria ficar com a guarda da criança sobrevivente. Não consultou textos legais, não recorreu a precedentes, não propôs uma deliberação por maioria de votos na assembleia dos anciãos. Decidiu com base apenas em suas próprias convicções. E, não obstante, ao longo da história, tal julgamento sempre foi tomado como um exemplo de decisão justa. Não consta, até onde sei, que algum intérprete ou comentador o tenha associado ao signo da arbitrariedade.

Hoje, qualquer estudante de Direito aprende já no 1º ano do curso universitário quais são as Fontes do Direito. E entre elas, certamente, não estão incluídas a própria convicção e a sabedoria do julgador. Apesar disso, não me parece exagerado dizer que, na maior parte da história, chefes religiosos, reis, faraós, imperadores e senhores feudais tiveram sempre a última palavra sobre controvérsias jurídicas e, para resolvê-las, não estavam obrigados a recorrer a leis previamente escritas ou decisões anteriores (usavam muitas vezes da própria convicção e sabedoria). De fato, muito provavelmente, o Código de Hamurabi não obrigava o próprio Hamurabi.

Isso é muito diferente da ortodoxia ético-política contemporânea, a qual exige que as decisões judiciais estejam baseadas em

regras escritas previamente elaboradas – sejam elas extraídas de leis redigidas ou de precedentes judiciais materializados em textos – e que tais regras tenham origem em alguma forma de participação da população. Em suma, nos dias atuais, exige-se que as soluções dadas a conflitos interpessoais sejam “tiradas” de fontes estatais com base democrática. Em regra, portanto, nas democracias modernas, os juízes não decidem como decidiu o Rei Salomão naquele famigerado caso das mães litigantes. Como se deu essa mudança?

2 – Que justiça?

Há outra maneira de enxergar o julgamento de Salomão. Se lhe fosse perguntado por que ele escolheu aquela solução, consigo imaginar o sábio rei dizendo: “Estudei as leis que o próprio Criador formulou e extraí delas essa decisão” ou “Essa solução é apenas uma consequência das leis da Natureza”. Não consta que ele tenha dito isso, mas essas respostas estão plenamente de acordo com o espírito do texto bíblico. A passagem bíblica afirma que “todo o Israel soube da sentença que o rei havia dado, e todos lhe demonstraram muito respeito, pois viram que possuía uma sabedoria divina para fazer justiça” (1Rs 3, 28). De fato, ninguém acha que a decisão de Salomão foi arbitrária. Afinal, por essa explicação, o rei não sacou a decisão de seu próprio capricho, mas estabeleceu a norma do caso concreto, recorrendo àquilo que por séculos foi chamado direito natural. Bem por isso, ao invés de ser apontada como arbitrária, a decisão sempre foi apontada como um exemplo de decisão justa. Justiça e direito natural são noções que sempre andaram lado a lado.

O direito natural é um paradigma de pensamento em cuja elaboração doutrinária encontra-se a noção de princípios universais e

imutáveis aos quais somente se pode chegar por meio da razão, da intuição ou da revelação³. Direito natural, justiça e moral são ideias afins, porque se ligam à preocupação quanto ao agir correto. Precisamente por isso, durante muito tempo, as noções de “normas morais” e “normas de direito natural” foram tratadas como iguais, e isso durou até o século XVII. O jusfilósofo brasileiro Celso Lafer cita aspectos que uma doutrina do direito natural consideraria merecedores de estudo: as ideias de imutabilidade e universalidade de seus princípios; a ideia de que a eles somente se chega por meio da razão, da intuição ou da revelação; a função precípua de qualificar como justa ou injusta, boa ou má uma conduta⁴.

Por óbvio, tais aspectos aproximam o jusnaturalismo das preocupações moralistas. Quando perguntamos se determinada atitude é certa ou errada – típica pergunta do pensamento ético –, buscamos, no fundo, saber se ela está de acordo com alguns princípios de reconhecida prescritividade e universalidade. A existência de tais princípios é o verdadeiro ponto de interrogação da filosofia. Afinal, se, como dito acima, a ideia de justiça sempre esteve relacionada ao ideal de um direito natural universal e imutável, este, todavia, tem como obstáculo a irrefragável realidade de direitos “históricos, contingentes e variáveis”⁵. De uma maneira simplificada, podemos chamar de universalistas aqueles que afirmam tal existência e de relativistas aqueles que a negam. Essa oposição nos remete a uma das mais importantes dicotomias da história do pensamento jurídico: a dicotomia direito natural/direito positivo.

Fica claro que, no âmago da doutrina do direito natural, reside o objetivo de eliminar a arbitrariedade na criação de regras jurídicas,

³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos - Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, pp. 36-37.

⁴ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos...*, op. cit., p. 36.

⁵ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos...* op. cit., p. 39.

identificando um critério suprapositivo⁶ que seja comum aos múltiplos ordenamentos jurídicos. Contudo, estes são tão distintos entre si, quantos são os lugares e as épocas de suas vigências. Com efeito, os adeptos do jusnaturalismo sempre entenderam o direito natural como uma espécie de modelo a ser seguido pelo direito posto. As diversas doutrinas de direito positivo, ao contrário, mantêm em comum a compreensão de que o direito provém do arbítrio humano e é estabelecido pela autoridade⁷.

3 – A ascensão do positivismo jurídico

No século XVIII, o desenvolvimento do racionalismo jurídico atribuiu autonomia ao direito natural, pois fez do paradigma contratualista uma forma de justificar o Estado e o Direito pela convenção dos homens, lançando mão de conceitos como “direitos inatos”, “estado de natureza” e “contrato social”⁸. A mudança é sutil, mas importante. A partir desse giro, a moral e o direito natural passaram a ser vistos em níveis diferentes. Os pensadores – e também os detentores de poderes estatais – notavam a variabilidade de ordens morais estabelecidas no mundo real, mas invocavam a existência de um metafísico direito natural como parâmetro para se avaliar como justas ou injustas as normas jurídicas. Essa autonomia do direito natural em relação à moral, e sua preeminência com relação ao direito positivo, resistiram apenas até o início do século XIX⁹.

⁶ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O direito – introdução e teoria geral*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1982, 3ª edição, p. 172-173.

⁷ “A ideia de direito positivo é a ideia de uma disposição que chegou a ser direito de maneira arbitrária, que é considerada como fonte de direito em virtude de algum fato ou ação que não tem nenhuma conexão intrínseca com o conteúdo, a substância ou a qualidade da própria disposição”. WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Traduzido ao espanhol por José Luis Martí e Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005, p. 113 (tradução livre).

⁸ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos...*, op. cit., p. 38.

⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 1987, São Paulo, Editora Atlas, 4ª ed., 2003, p. 170.

A experiência da codificação, entretanto, que acabou por dar corpo à concepção de direito como sistema, tornou-se uma “ponte involuntária entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico”¹⁰. O fundamento do direito, nesse jusnaturalismo moderno, passou a ser buscado na vontade do legislador e não mais nos ditames da razão. Aos poucos, foi perdendo significado a ideia de um Direito outro “que não o Direito do Código ou da Constituição”¹¹. A crença generalizada no direito natural caiu por terra com a descoberta, cada vez mais clara, de que o direito é feito pela autoridade e não pela razão, a ponto de haver uma substituição do termo “direito natural” por “filosofia do direito”¹². O declínio da dicotomia direito natural/direito positivo culminou com o predomínio da dogmática jurídica – predomínio que faz prevalecer, no momento atual, a ideia de que o direito não deve “qualificar eticamente como boas ou más as condutas, mas sim servir de instrumento de gestão da sociedade”¹³.

Esse conciso relato histórico, embora esclarecedor quanto à ascensão do positivismo jurídico como paradigma dominante, não dá conta dos ideais, das inquietações e das angústias humanas que estiveram em jogo no curso desse processo¹⁴.

A verdade é que, a pretexto de eliminar o arbítrio humano, o recurso ao propalado direito natural sempre ajudou a dissimular a arbitrariedade que muitas vezes se escondia por trás da criação e aplicação do direito. Difícil negar, mas se o episódio de Salomão com as mães ligantes ocorreu de verdade, então terá sido uma bela e inspiradora exceção. A história está repleta de barbaridades feitas em nome do direito natural. Povos inteiros foram escravizados em regiões diferentes do globo e

¹⁰ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos...*, op. cit., pp. 38-39.

¹¹ Idem, *Ibidem*.

¹² LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos...*, op. cit., pp. 39-40.

¹³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos...*, op. cit., pp. 41-46.

¹⁴ Sobre a ascensão do positivismo e sua relação com o relativismo moral, veja-se o meu GODINHO, Eduardo. *Direito à Liberdade: Regra da Maioria e Liberdade Individual - O Paternalismo na Democracia à Luz do Pensamento de John Stuart Mill*. 1ª edição – Curitiba: Juruá Editora, 2012.

em muitos períodos distintos da história, sempre com o direito natural atuando como um fator comum a justificar essa reiteração – ora a escravidão decorria da vontade divina, ora decorria da natural inferioridade de alguns povos, ora das consequências naturais da guerra... Na idade média, inquisidores se apoiavam na lei divina para justificar a tortura de supostos hereges e, na idade moderna, Luís XIV recorria ao direito divino para comandar com mão de ferro, e com muitos desmandos, o perdulário Estado francês, enquanto uma grande parte de seus súditos lutava contra a fome – circunstâncias que, décadas depois, viriam impulsionar o movimento revolucionário de 1789.

Hoje há total consenso quanto à influência do Iluminismo sobre as revoluções liberais do século XVIII e sobre a grande mudança na maneira de se conceber o mundo jurídico. Os pensadores iluministas observavam essa permanente dissimulação do arbítrio e compreendiam que, quando chefes religiosos, reis absolutistas, faraós, imperadores e senhores feudais decidiam com base no direito natural, estavam na verdade decidindo com base em sua própria e caprichosa vontade.

Foi a partir dessa constatação que teve início o lento processo de consolidação do positivismo acima descrito. Muitos dos grandes pensadores políticos vinculados ao Iluminismo ou por ele influenciados (Locke, Rousseau, Montesquieu, entre outros) buscaram tecer justificativas e construir arranjos institucionais para a limitação do poder estatal sobre as pessoas. No pensamento iluminista, e nas correntes político-filosóficas que lhe são tributárias, essa contenção do poder foi proposta de diversas formas: através de construções teóricas baseadas nas noções de direitos inatos e contrato social, que visavam sobretudo ao fortalecimento dos direitos individuais (contratualismos); por meio da repartição das funções estatais entre diferentes delegatários (teoria da

separação dos poderes); ou por meio da atribuição de poder a todos os membros da sociedade (teorias democráticas).

Como se sabe, as correntes que compunham o movimento iluminista tinham em comum “a fé no poder da razão humana de compreender nossa verdadeira natureza e a natureza de nossas circunstâncias”¹⁵ e a ideia de que o progresso humano pode ser alcançado por meio dessa compreensão. Com efeito, os dois baluartes que sustentavam a força do Iluminismo, comuns a todas as correntes que compunham esse movimento, eram a ciência e os direitos humanos: para o Iluminismo, “a busca de conhecimento empreendida pela razão é mediada pela ciência e alcançada por intermédio dela; e o critério para medir o progresso humano são os direitos individuais que personificam e protegem a liberdade humana”¹⁶.

Sob a influência do Iluminismo, os juristas começaram a perceber que o estudo do direito não poderia prescindir da metodologia própria das pesquisas científicas. Por outro lado, passaram a ver que também o direito deveria estar a serviço do progresso humano. Para isso, não apenas as doutrinas de contenção do poder se mostravam necessárias. Também era preciso tornar mais objetivas as chamadas fontes do direito, pois as regras jurídicas deveriam ser claras e estar dispostas num sistema lógico, de tal maneira que fosse fácil encontrar e compreender as normas aplicáveis a cada caso. E, de fato, a proliferação do direito legislado nos séculos anteriores culminou no processo de codificação a que me referi acima. Estavam lançadas, assim, as bases do positivismo clássico que, em

¹⁵ SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. Traduzido por Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 9. Boa parte da tese de Shapiro sobre o Iluminismo está baseada na obra de Jonathan Israel, em que este último oferece uma exposição bastante abrangente daquele movimento intelectual, especialmente sobre o período que compreende os séculos XVII e XVIII. ISRAEL, Jonathan I. *Iluminismo Radical: a filosofia e a construção da modernidade, 1650-1750*. Traduzido por Claudio Blanc. São Paulo: Madras, 2009.

¹⁶ SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. op. cit., p. 10.

linhas gerais, continuam exercendo uma profunda influência sobre o modo como operamos o direito nas sociedades contemporâneas.

4 – Os positivismos (e as críticas que lhes são dirigidas)

A descrição feita acima de como o ideário iluminista criou as bases para a renovação do direito e da ciência jurídica acaba por trazer à luz uma distinção entre dois aspectos fundamentais do positivismo: o positivismo ideológico e o positivismo teórico¹⁷.

Como se sabe, o polissêmico termo positivismo jurídico expressa vertentes distintas de uma mesma ideia. Em sua obra *O Positivismo Jurídico*, o ilustre jusfilósofo italiano Norberto Bobbio já havia, de maneira genial, chamado a atenção para a existência de três aspectos do paradigma positivista que devem ser considerados quando se estuda o tema – o positivismo como ideologia do direito, o positivismo como teoria do direito e o positivismo como método para o estudo do direito.

O positivismo como método (positivismo metodológico) não merece maiores considerações aqui, porque, de todas as facetas do paradigma positivista, é a menos contestada. Afinal, ela reivindica o método científico como o mais adequado para se realizar o estudo do fenômeno jurídico, e essa postulação goza de enorme consenso, pelo menos desde o século XIX. De fato, o positivismo jurídico, em sua acepção metodológica, reconhece “que o conceito de direito deve resultar de uma descrição apoiada somente em propriedades fáticas, empíricas”¹⁸.

¹⁷ Sobre a distinção entre os vários aspectos do positivismo jurídico, ver BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – Lições de filosofia do direito*. Traduzido por Marco Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Editora Ícone, 1995, pp. 131-134 e pp. 233-238.

¹⁸ STRECK, Lenio. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 92

Ora, como explicado acima, a centralidade da ciência como um meio racional e seguro para encontrar respostas acerca do mundo e da natureza humana é um dos pilares do movimento iluminista dos séculos XVII e XVIII. E, desde então, o método científico, com sua natureza analítica de descrição, seus cânones firmes e seu aperfeiçoamento constante, tem sido louvado como o mais adequado à apreensão racional de qualquer realidade.

4.1 – Positivismo ideológico

Já as outras acepções do positivismo jurídico têm sofrido mais críticas ao longo das décadas. O positivismo ideológico é a expressão política do positivismo. Ele postula a separação entre direito e moral não como exigência metodológica, mas como imperativo político a ser seguido na aplicação de normas jurídicas. É uma postura moral (ideológica) que sustenta ter o direito positivo força obrigatória, “devendo ser obedecido por juízes, independentemente de um ‘julgamento’ acerca dos escrúpulos morais que o envolvem”¹⁹. Ou seja, para os ideólogos do positivismo, as normas postas devem ser aplicadas, porque são “direito positivo”, não importando seu conteúdo.

Ora, quando os positivistas ideológicos insistem que, em sua aplicação, o direito deve ser separado da moral, suas próprias motivações já têm uma natureza moral: o direito deve ser assim operado, porque o recurso a normas morais tira a objetividade do direito, o que torna as decisões arbitrárias; ou porque a separação entre direito e moral é boa para uma sociedade pluralista, em que diversas visões morais devem coexistir, sem que nenhuma delas prevaleça; ou porque o apego ao texto legal é importante para assegurar os valores da liberdade e da igualdade

¹⁹ STRECK, Lenio. *Lições de crítica hermenêutica do direito...* op cit., p. 81.

que os sistemas democráticos buscam garantir; ou, simplesmente, porque isso é o melhor para o mundo.

Esse aparente contrassenso – postular o afastamento da moral por razões morais – é certamente um motivo para se criticar o positivismo ideológico. Mas a crítica que, de longe, é a mais comumente dirigida a essa versão do positivismo também tem caráter ideológico e trata justamente da imoralidade do direito. Cuida-se de uma objeção bem conhecida e segundo a qual o direito, privado de moralidade, pode até permanecer válido segundo o primado do positivismo, mas, não obstante, perde sua dignidade intrínseca, restando a questão de se saber como as sociedades conseguem, ainda assim, sobreviver com esse direito²⁰.

4.2 – Positivismo teórico

O chamado positivismo teórico, por sua vez, sustenta uma maneira específica de se compreender o direito. Em linhas gerais, e não obstante as diferentes modalidades em que se apresenta essa face do positivismo, trata-se de uma abordagem teórica que descreve o fenômeno jurídico por meio de alguns elementos-chave, os quais podem ser assim resumidos²¹: i) em primeiro lugar, o positivismo teórico parte da premissa metodológica segundo a qual “a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal (vale dizer, em palavras simples, seu aspecto exterior), prescindindo de seu conteúdo”²², do que decorre que a validade de uma norma jurídica independe de qualquer consideração acerca de sua moralidade (formalismo jurídico); ii) o

²⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito...* op. cit., pp. 358-359.

²¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo, Editora Saraiva, 2ª ed., 2015, pp. 37-46 e BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico...*, op. cit.

²² BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico...* op. cit. p. 131.

positivismo apresenta a coação como um elemento indissolúvelmente atrelado ao fenômeno jurídico; iii) ele afirma a preeminência das fontes estatais sobre as demais fontes do direito; iv) também postula a imperatividade das normas jurídicas; v) ademais, o positivismo descreve o direito objetivo como uma unidade sistêmica composta de normas logicamente integradas; vi) e disso advém a ideia marcadamente positivista de que o ordenamento jurídico possui mecanismos internos capazes de lhe conferir completude e coerência, a fim de que o aplicador do direito possa nele encontrar a solução para os conflitos que lhe são apresentados; vii) por fim, no tocante à interpretação dos textos normativos, o positivismo teórico, sobretudo em sua versão clássica, enfatiza um tipo de processo hermenêutico mecanicista, voltado a perscrutar a vontade do legislador e que, por isso, “faz prevalecer o elemento declarativo sobre o criativo ou produtivo do direito”²³.

Ao longo do século XX o paradigma do juspositivismo fortaleceu-se sobremaneira, a partir de sólidos trabalhos científicos que com rigor metodológico demonstraram a superioridade de seus fundamentos. Os maiores positivistas do século XX defenderam que a identificação, pela ciência jurídica, do que seja direito válido independe de qualquer indagação sobre sua moralidade²⁴. Foi, sobretudo, a partir do seminal trabalho de Hans Kelsen – *Teoria Pura do Direito* – que o conceito de norma consolidou-se como o modelo teórico mais adequado para o estudo do fenômeno jurídico. Foi também com a publicação dessa obra que as noções de sanção, coação, ordenamento e sistema entraram de vez para o vocabulário essencial dos estudiosos do direito.

²³ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico...*, p. 133.

²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Traduzido por João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 67-78 e HART, Herbert L. A.. *O conceito de direito*. Traduzido por Antônio de Oliveira Sette-Câmara; pós-escrito e organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, pp. 258-259 e pp. 271-273.

Por outro lado, a maior crítica que o positivismo teórico recebe tem relação com suas limitadas soluções dadas no campo da interpretação. O mecanicismo proposto pelos positivistas da Escola da Exegese, no século XIX, por exemplo, mal fica em pé quando contestado pelas teorias hermenêuticas do século XX. E, justamente por reservar ao juiz o papel de mero leitor dos códigos, reproduzidor fiel da vontade do legislador, acabou por oferecer pouquíssimas contribuições ao estudo da interpretação jurídica. Além disso, as teorias positivistas posteriores revelaram a textura aberta dos textos normativos, trazendo perplexidade para os estudiosos que buscavam nos métodos hermenêuticos clássicos o caminho correto até o sentido verdadeiro da norma.

É muito conhecido o Capítulo VIII da *Teoria Pura do Direito*, em que Hans Kelsen descreve a interpretação das normas jurídicas como um procedimento que tem um componente cognitivo lógico-racional (a busca do intérprete pelos sentidos da norma, dentro da moldura de significados dada pelo texto normativo) e um componente volitivo (o ato de vontade praticado pelo intérprete, ao escolher discricionariamente um dos muitos sentidos possíveis emanados do texto). Em resumo, é possível dizer que Hans Kelsen reconhece a impossibilidade de se declarar racionalmente uma interpretação jurídica como verdadeira: segundo ele, só há dois tipos de interpretação, a doutrinária e a autêntica, e apenas esta última é capaz de criar uma norma para o caso concreto, vinculando as partes nele envolvidas. À ciência jurídica cabe, no máximo, dizer quais são os possíveis sentidos de um texto normativo. No limite, ele expressa a grande incerteza que envolve o ato de aplicação do direito, e a impossibilidade de se controlar, por meio da razão, as respostas concretamente estabelecidas pelos intérpretes autênticos.

Essa constatação, que se reveste de certo ceticismo interpretativo, leva em conta características muito próprias da linguagem

humana – equivocidade, vagueza, imprecisão e ambiguidade. Nenhum discurso linguístico possui um significado intrínseco e objetivo que possa ser descoberto pela atividade cognitiva. Trata-se de uma constatação que teve enorme ressonância entre os teóricos do direito e abriu um imenso debate sobre as limitações do positivismo, especialmente no que tange ao subjetivismo da aplicação concreta do direito, debate esse que ainda permanece intensamente vivo.

5 – Os antipositivismos

Ao descortinar a natureza em parte volitiva da interpretação jurídica e ao postular que a validade da norma jurídica não depende da sua valoração moral, o positivismo teórico abriu espaço para o aparecimento de teorias antipositivistas que buscam atrelar a noção de validade à ideia de valores (morais) e que procuram, ainda, intensificar o controle do ato de aplicação da norma por meio de teorias que acentuam o papel da argumentação e dos princípios, sobretudo nas discussões forenses.

Não há espaço aqui para tratar dessas novas teorias, as quais merecerão nossa abordagem em momento oportuno. Mas uma observação crítica do cenário atual é reveladora de que as novas teorias têm propiciado, aos poucos, um retorno ao subjetivismo jurídico.

Aqui no Brasil, vários juristas têm apontado o quanto essas teorias, amiúde associadas ao chamado neoconstitucionalismo, e que se apresentam como pós-positivistas, são na verdade antipositivistas. Técnicas de ponderação de princípios, teorias da argumentação jurídica, jurisprudência dos valores: todas essas teorias tentam restituir a moral ao direito, isto é, buscam definir critérios suprapositivos que irão preencher a discricionariedade do julgador causada pela interpretação aberta.

Todavia, considerando todo o histórico aqui explicado, deve-se suspeitar que, ao recorrer à moralidade para realizar a concretização do direito, tais doutrinas contribuem para o recrudescimento daquele subjetivismo que o Iluminismo buscou combater²⁵.

A diferença agora é que o subjetivismo do intérprete se sobrepõe ao subjetivismo das fontes. Se antes, à falta de fontes mais objetivas, os intérpretes autênticos recorriam ao direito natural, agora a tendência é que as fontes objetivas sejam ofuscadas pelo caminho tortuoso que o intérprete trilha em busca dos valores e argumentos mais importantes para o caso concreto. Trata-se de uma mudança gradativa e que nos dias de hoje já mostra traços bem profundos: as normas aplicáveis ao caso estão deixando de ser a premissa maior tomada pelo intérprete na aplicação do direito; estão se tornando apenas mais um argumento, entre outros à disposição do julgador, para se embasar uma decisão que se pretende a mais correta.

6 – A permanência do paradigma positivista

O quadro apresentado acima, que insinua um abalo do paradigma positivista, não descreve o todo ainda. Não obstante as críticas que lhe são dirigidas, concluir pelo enfraquecimento do positivismo jurídico talvez seja algo precipitado.

É preciso reconhecer que, ao longo do tempo, o positivismo incorporou as contribuições trazidas pelas sofisticadas teorias hermenêuticas a partir da segunda metade do século XX.

²⁵ Vários autores têm apontado a intensificação do subjetivismo dos intérpretes com a chegada das novas teorias neoconstitucionalistas. Sobre isso, podemos recomendar a leitura de: STRECK, Lenio. *Lições de crítica hermenêutica do direito...* op cit.; GRAU, Eros. “*O perigoso artifício da ponderação entre princípios*”, disponível em <http://www.editorajc.com.br/o-perigoso-artificio-da-ponderacao-entre-principios/>; e RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos...* op. cit.

No tocante ao problema da interpretação, os principais pensadores do positivismo teórico assumiram uma postura moderada, caracterizada pelo reconhecimento de que, não obstante a imprecisão dos discursos linguísticos e a impossibilidade de se demonstrar racionalmente qual a interpretação correta, há uma boa dose de consenso semântico que orienta a interpretação no sentido de que o julgador se atenha aos limites impostos pelo texto normativo. A abertura dos textos normativos não é absoluta²⁶. A própria metáfora da moldura normativa usada por Kelsen nos remete a tais limites: ao aplicar o direito, o intérprete autêntico estará sempre amarrado à parcela de objetividade que existe no texto interpretado.

Como afirma Elival da Silva Ramos, nesse positivismo moderado, “o que prevalece é a vontade da lei, não no sentido de um pressuposto prévio, pronto e acabado, que o juiz tenha que meramente atender, mas no sentido de que o texto normativo objeto de exegese contém algo de objetivo, que não pode ser desconsiderado, embora constitua apenas um limite no trabalho de construção da norma de decisão, em que também conta (embora não com o mesmo peso) a vontade do intérprete”²⁷.

Por outro lado, é preciso dizer que as críticas voltadas a apontar a injustiça do paradigma positivista miram num alvo, mas acertam outro. Sim, a distinção entre positivismo ideológico e positivismo teórico, traçada mais acima, tem muito a nos dizer sobre essa abordagem.

Quando apontam a falta de dignidade intrínseca de um Direito esvaziado de valores morais, os críticos sequer arranham a imagem do positivismo como construção teórica. Porque os positivistas teóricos não negam que o fenômeno jurídico esteja intensamente imiscuído em valorações morais (na atuação dos legisladores, na interpretação dos juízes etc.). O que o positivismo teórico prega – sobretudo a partir de Hans

²⁶ GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª edição – São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 207-209.

²⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos...* op. cit., p. 140.

Kelsen – é um corte metodológico que nos permita ver o direito tal como ele é na realidade. E o estudo do direito, a partir desse método, nos mostra que o fenômeno jurídico, em sua essência, caracteriza-se como um conjunto de normas cuja validade independe de qualquer relação com a moral.

Todas essas observações são importantes para que se perceba a importância do paradigma positivista tanto em sua versão ideológica – que, sob o influxo do positivismo, buscou trazer mais objetividade e segurança à pacificação dos conflitos – quanto em sua versão teórica. Mas é principalmente como teoria que o positivismo permanece firme como a abordagem que, ainda hoje, melhor descreve o fenômeno jurídico em sua essência.

De fato, aquelas ideias-chave que pontuam as descrições positivistas continuam fazendo sentido, sobretudo, para os que trabalham no dia-a-dia forense.

Os advogados até fazem apelos à consciência moral do juiz, especialmente se não encontram fundamentos legais para seus pedidos, mas se houver normas jurídicas que respaldem o pedido formulado, estas não deixarão de ser invocadas e terão clara prevalência sobre qualquer consideração moral que eles possam fazer. Diante de uma aparente inexistência de normas para o caso concreto, nenhum advogado cogita desistir do pedido, mas, ao contrário, exige uma solução, convicto da completude do sistema jurídico e da inadmissibilidade do *non liquet*. E nem mesmo a incerteza da interpretação parece ser um grande problema: apenas uma pequena parcela dos dispositivos jurídicos são objeto de infundáveis discussões interpretativas e parece mesmo haver um razoável consenso quanto ao sentido da maioria esmagadora das normas jurídicas que compõem o ordenamento brasileiro.

Por isso, apesar das críticas que apontam suas fragilidades, não há dúvidas de que ainda hoje predomina o positivismo como forma de compreensão do fenômeno jurídico. Uma teoria é tão melhor quanto mais fielmente ela descrever o objeto que estuda. Nesse tocante, o positivismo, a despeito de suas fragilidades, ainda se impõe como o modelo científico mais influente.