

Positivismo Jurídico 2: crítica às características centrais

Orlando Luiz Zanon Junior

RESUMO

O referente do presente texto consiste em analisar as cinco características centrais que compõem o conceito operacional de Positivismo Jurídico, com vistas a verificar-se em que medida merecem ser mantidas, complementadas ou superadas. A hipótese central diz respeito à necessidade de se estruturar um novo paradigma para Ciência Jurídica, com relação às suas quatro plataformas centrais, consistentes nas teorias da Norma, das Fontes, do Ordenamento e da Decisão Judicial.

Palavras-chave: Positivismo Jurídico. Moral. Subsunção.

Legal Positivism 2: Criticism about the key features

ABSTRACT

The main theme of this text consists in analyse the five key characteristics of the operational concept of Legal Positivism, in order to verify in what measure they must be maintained, complemented or overcome. The central hypothesis is about the necessity of building a new paradigm for legal science, around it's four basic platforms, consistent in the thesysis of Norm, Sources, System and Judicial Decision.

Keywords: Legal Positivism. Morality. Subsumption.

1 INTRODUÇÃO

Pode-se afirmar que o Positivismo Jurídico, como paradigma central da Ciência Jurídica, vem sofrendo severas críticas, a ponto de desvelar a instalação de uma crise de tal modelo disciplinar. Tal assunto foi abordado em uma tríade de artigos anteriormente publicados, consistente nos textos A Revolução na Teoria do Direito, A Centralidade Material da Constituição e A Complexidade da Norma Jurídica, nos quais se analisaram os modelos juspositivistas de Hans Kelsen e de Herbert Lionel Adolphus Hart e se apresentou as principais críticas aos seus postulados mais elementares, de modo a ilustrar a crise paradigmática, tanto no cenário do Direito legislado (*civil law* ou *code based legal system*) como também no padrão consuetudinário (*common law* ou *judge made law*). Prosseguindo em tal linha de pesquisa, resta necessário desenvolver uma apreciação unificada do paradigma do Juspositivismo, com destaque de suas características principais e, depois, sintetizando as principais críticas quanto aos seus aspectos descritivos (ou empíricos) e prescritivos (ou normativos). Com tal

Orlando Luiz Zanon Junior é Juiz de Direito. Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Dupla titulação em Doutorado pela UNIPG (Itália). Mestre em Direito Pela UNESA. Pós-graduado em Preparação à Magistratura Federal pela UNIVALI. Pós-graduado em Direito e Gestão Judiciária pela UFSC.

desiderato, projetou-se a redação de dois artigos reciprocamente complementares sobre o Positivismo Jurídico, sendo que o primeiro foi dedicado à apresentação de um conceito operacional, de acordo com suas características centrais, enquanto este segundo é voltado ao desenvolvimento das críticas que recomendam a instauração do processo de superação paradigmática, incentivado pelo advento de diversas proposições teóricas pós-positivistas.

Outrossim, no primeiro dos dois artigos, concluiu-se que o Positivismo Jurídico é o Paradigma da Ciência Jurídica caracterizado, principalmente, pela separação entre Direito e Moral, formação do Ordenamento Jurídico exclusivamente (ou prevalentemente) por regras positivadas, construção de um sistema jurídico escalonado só pelo critério de validade formal, aplicação do Direito posto mediante subsunção e discricionariedade judicial (*judicial discretion* ou *interstitial legislation*) para resolução dos chamados casos difíceis (*hard cases*).

Então, o referente do presente texto consiste em analisar as cinco características centrais que compõem o conceito operacional antes desenvolvido, com vistas a verificar-se em que medida merecem ser mantidas, complementadas ou superadas.

A hipótese central diz respeito à necessidade de se estruturar um novo paradigma para Ciência Jurídica, com relação às suas quatro plataformas centrais, consistentes nas teorias da Norma, das Fontes, do Ordenamento e da Decisão Judicial.

Assim, na primeira seção, serão tecidas algumas ressalvas importantes acerca da importância do paradigma do Positivismo Jurídico, de modo a dissipar algumas ponderações equivocadas (ou falácias) que, não raramente, são repetidas entre acadêmicos e profissionais brasileiros.

Na segunda parte, sem perder de perspectiva as considerações preliminares, serão analisadas cada uma das características centrais do modelo do Juspositivismo, de modo a apresentar sugestões quanto à sua manutenção ou superação.

Em sede de conclusão, serão sintetizadas as críticas antes efetuadas e lançadas algumas considerações para balizar uma eventual superação de viés pós-positivista.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que, na fase de investigação, foi utilizado o método indutivo; na fase de tratamento de dados, o cartesiano, e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.¹ Ademais, é muito importante destacar que as menções ao modelo juspositivista partem da análise previamente elaborada acerca das proposições teóricas de Kelsen e de Hart, exposta na tríade de textos que antecedeu este texto.

¹ PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 12.ed. rev. São Paulo: Conceito, 2011.

2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O paradigma do Positivismo Jurídico foi desenvolvido durante um extenso período de tempo, mediante o esforço de expoentes como Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen, Herbert Lionel Adolphus Hart e Norberto Bobbio, vindo a prevalecer sobre o anterior modelo do Jusnaturalismo, principalmente por melhor atender ao valor da segurança jurídica, pois garante maior previsibilidade quanto às consequências dos comportamentos humanos. Ainda atualmente, é possível afirmar que o ensino jurídico brasileiro está calcado nas suas teses centrais, expostas no artigo científico anterior. Entretanto, o modelo juspositivista está sendo alvo de severas críticas, que visam demonstrar a incorreção dos seus principais postulados teóricos, com vistas a ensejar a revolução científica que, gradualmente, implicará a sua superação paradigmática por uma outra teoria do Direito, nos moldes explicitados por Thomas Kuhn.²

Porém, antes de ingressar na análise quanto à necessidade de tal superação paradigmática, cabe tecer algumas considerações preliminares, de modo a dissipar eventuais equívocos, não raramente propagados nos cenários acadêmico e forense brasileiros.

Primeiro, ressalta-se que tal movimento de oposição científica deve considerar que o Positivismo Jurídico não é necessariamente “um mal” a ser combatido, sob o argumento de que teria permitido a formação de regimes totalitários, a exemplo do Fascismo na Itália e do Nacional-Socialismo (Nazismo) na Alemanha.³ Com efeito, rejeita-se a alegação de que a substituição do Juspositivismo por alguma teoria que adote valores morais (materiais) pode, por si só, evitar a adoção de governos de cunho ditatorial.

Tal argumento, conhecido por *reductio ad Hitlerum*, é uma falácia, haja vista que tanto uma teoria que atente para a tese da separação entre Direito e Moral, como outra que defenda o contrário, são passíveis de conformar a construção de um Ordenamento Jurídico com as características daqueles dois antes mencionados.

Importa considerar que os partidários do regime nazista defendiam a preservação de uma “Moral” superior aos preceitos positivos, instituindo um suposto modelo estatal de justiça (*Gerechtigkeitsstaat*) em detrimento do Estado de Direito (*Rechtsstaat*), porém, com bases nas suas considerações particulares acerca da “Moral”, marcadas

² KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2009.

³ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p.257-264, especialmente 257-258: “O juspositivismo é apresentado como teoria que traiu a causa do direito, como garantia (ou pelo menos tentativa) de pacificação, justiça, solidariedade social etc., enganou os operadores jurídicos e ofereceu cobertura teórica a um regime criminoso. [...] O raciocínio nesses casos é conhecido como *reductio ad Hitlerum*. Quando se pretende rejeitar uma teoria ou visão política, afirma-se que ela foi adotada pelo regime nazista ou, pelo menos, que correspondia à ideologia nazista. Isso permite rejeitar imediatamente essa teoria ou visão política, já que ninguém aceitaria, em nossos dias, defender o pensamento nazista”.

pelo nacionalismo, pelo racismo e pela violência.⁴ Para tanto, o Terceiro *Reich* fomentou uma interpretação sem limites da legislação pelo aplicador (*unbegrenzte Auslegung*), justamente para permitir que os textos legais existentes na Alemanha fossem derogados pelos máximos “valores” e pelas alegadas “necessidades” do “povo alemão de então”, em flagrante oposição com os postulados teóricos juspositivistas.⁵

Aliás, é curioso destacar que Hans Kelsen, um dos expoentes do Positivismo Jurídico, era judeu e foi perseguido pelo regime nazista, enquanto seu opositor científico, Carl Schmitt, cujas teses sustentam a necessidade da construção de um sistema flexibilizado por critérios morais, esteve historicamente próximo do nazismo.

Daí ser possível concluir que não é a opção teórica que permite classificar um regime estatal específico como bom ou mau, haja vista que tal abordagem depende do debate acerca da ideologia que o atravessa e dos princípios morais que são conservados pelos grupos sociais que têm condições fáticas de poder para efetivamente implementar, modificar ou extinguir o Direito⁶. Neste sentido, acusar o Juspositivismo de causar o Fascismo ou Nazismo “é como criticar a teoria atômica por ter levado à destruição de Hiroshima e Nagasaki”.⁷

Portanto, a análise acerca da opção entre um modelo juspositivista ou pós-positivista deve atentar para as qualidades específicas de cada proposta teórica, no sentido de promover uma superação de caráter científico, ao invés de se confundir com falácias do tipo ora examinado.

Segundo, tampouco o Juspositivismo pode ser considerado equivocado simplesmente porque implica a prisão do juiz à letra seca da lei (boca da lei ou, em expressão francesa, *Bouche de la Loi*) e, assim, impede sejam promovidos os valores sociais, como se tem ouvido falar nos meios forenses e acadêmicos brasileiros, principalmente após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).⁸ É preciso reiterar que o Paradigma do Positivismo Jurídico foi desenvolvido justamente em razão da crise paradigmática⁹ do anterior modelo do Jusnaturalismo, orientando-se

⁴ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p.257-264, especialmente 261: “O nazismo queria instituir um ‘Estado de justiça’ (*Gerechtigkeitsstaat*), abandonando o modelo de Estado de direito (*Rechtsstaat*) que era criticado como formalista e individualista. Os juristas próximos ao nazismo criticavam os ideais de segurança jurídica e as formalidades jurídicas; exaltavam os valores do povo alemão, exigindo a ‘eticização’ da aplicação do direito que os juízes deveriam impor, distanciando-se do ‘pensamento com base na lei’ (*Gesetzesdenken*). O positivismo era visto como negação do ideal de justiça e o próprio Hitler declarou que, no Terceiro *Reich*, o direito coincide com a moralidade”.

⁵ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p.257-264, especialmente 261: “Com a exceção da legislação que visava o combate dos adversários políticos e de minorias tidas como inimigas do Estado, o regime nazista não introduziu importantes modificações no ordenamento jurídico alemão. Os meios empregados foram a ilegalidade governamental e a reinterpretção do direito em vigor, invocando ‘valores’ e ‘necessidades’ do povo alemão. Nesse âmbito, as autoridades estatais realizaram a denominada *unbegrenzte Auslegung* (interpretação sem limites), adotando uma postura que contraria frontalmente os ensinamentos do positivismo jurídico”.

⁶ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p.257-264.

⁷ POSNER, Richard Allen. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.225.

⁸ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p.46-47.

⁹ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2009.

em uma vinculação dedutiva da autoridade à lei superior (subsunção) num esforço para afastar as incertezas e inseguranças decorrentes do uso ilimitado de uma suposta razão superior, lastrada em alegados valores morais absolutos e inquestionáveis, ficticiamente válidos e eficazes em todo tempo e lugar.¹⁰

Outrossim, sem pretensões de fugir do referente para tratar da histórica vantagem da substituição do modelo do Direito natural pelo Juspositivismo (trabalho que certamente demandaria muitas páginas dedicadas especialmente a tal questão), importa reprimir a afirmação de que a proposta deste texto não é retornar ao padrão anterior, mas sim verificar quais os vícios da matriz teórica atual e, diante deles, lançar bases para uma possível superação, de viés pós-positivista. Reitera-se que o objetivo não é retroceder aos parâmetros do modelo superado (Jusnaturalismo) e tampouco desprezar as vantagens do Paradigma predominante (Juspositivismo), mas sim partir das conquistas já alcançadas para, num esforço teórico, propor elementos para contribuir no desenvolvimento de uma nova matriz disciplinar, mais adequada à pós-modernidade.

Justamente por isso, foi adotada a denominação Pós-positivismo para designar as correntes que visam superar as deficiências do modelo atual, mediante a proposição de novas alternativas aos eventuais problemas diagnosticados. Não se olvida, porém, que algumas versões deste movimento de substituição paradigmática possam ser apelidadas de não positivistas, por simplesmente não adotarem algumas de suas teses centrais (a exemplo da proposta de Robert Alexy), ou mesmo antipositivistas, no sentido de se dedicarem declaradamente ao combate teórico contra seus principais postulados (como, exemplificativamente, a construção doutrinária de Ronald Myles Dworkin).

3 CRÍTICA AOS POSTULADOS JUSPOSITIVISTAS

Feitas estas considerações propedêuticas, é pertinente analisar criticamente as cinco características principais da matriz disciplinar juspositivista, com o intuito de verificar se merecem ser mantidas, modificadas ou suprimidas.

Sobre a separação entre Direito e Moral, esta não pode prevalecer nos moldes como proposta pelos juspositivistas, haja vista que, primeiro, são inegáveis os reflexos entre tais ordens sociais, que se conformam mutuamente, a despeito da vontade de purificação científica e de preservação da objetividade das disposições normativas; e, segundo, os temas morais estão intrinsecamente interligados com as questões jurídicas, porquanto voltados ao sentido material (axiológico) finalístico do Direito, que é disciplinar a tomada de decisões corretas, boas e justas (e não qualquer deliberação, a despeito de seu conteúdo).

Antes de adentrar na análise deste tema, cabe apenas ressaltar que as críticas quanto à separação entre Direito e Moral não afastam a vinculação da generalidade das propostas pós-positivistas quanto à tese da origem social das Normas (*social thesis* ou *social sources of the law*), ou seja, de que ambas as referidas ordens são produtos culturais. Notadamente,

¹⁰ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 4.ed. São Paulo: RT, 2011. p.90-98.

raros são os jusfilósofos que ainda defendem a existência de alguma normatividade metafísica, ou seja, extraída do “coração do homem”, da “boa razão” ou de alguma “força divina”, consoante a doutrina do Jusnaturalismo. Outrossim, há prevalência de uma aceitação ampla (dos juspositivistas e de seus opositores teóricos sérios) quanto à origem social de ambos os mencionados sistemas de conduta, porquanto decorrem de produção humana e, portanto, são aferíveis faticamente, ainda que de forma fluida.¹¹

Feita essa breve ressalva, quanto ao primeiro aspecto (inafastabilidade da influência moral na produção normativa), assevera-se a inviabilidade das autoridades públicas escaparem totalmente das questões de moralidade política ao estabelecerem Textos Normativos (fase de positivação) ou tomarem decisões (etapa de interpretação e aplicação), haja vista que a deliberação quanto às opções disponíveis perpassa invariavelmente por análises axiológicas, no tocante à alternativa melhor (que pode ser a economicamente mais adequada, a mais justa etc.), ainda que, logicamente, os parâmetros dependam da carga de conhecimento e das convicções pessoais de cada um, bem como das forças que acomodam tal conjunto de influências. Sem embargo, na fase de positivação, os legisladores inegavelmente discutem os argumentos de cunho moral que ressonam no parlamento, de modo que a sua produção normativa reflete tais influxos axiológicos.¹² Por sua vez, os intérpretes e aplicadores (notadamente os juízes), ainda que se esforcem na adoção de uma postura imparcial, não são autômatos isolados capazes de suspender integralmente seus preconceitos (no sentido de pré-juízos) ao efetuarem a leitura dos textos legislativos e jurisprudenciais e, assim, as suas deliberações acabam por conferir um significado com contornos morais, em maior ou menor grau de acomodação.¹³ Portanto, é

¹¹ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p.82: “Na atualidade, a construção jusnaturalista parece ter sucumbido ao peso teórico de seus críticos. São raríssimos os autores que continuam afirmando que o verdadeiro direito está escrito ‘no coração do homem’ ou na ‘natureza humana’ e que o direito natural constitui o alicerce do direito positivo. Em virtude disso, as teses do PJ [Positivismo Jurídico] *latu sensu* são aceitas pela quase totalidade dos estudiosos do direito. Mesmo um autor que destaca as fortes ligações entre o direito positivo, a moral e a justiça e se diz jusnaturalista, como é o caso de Philip Soper, admite que a criação do direito decorre de ‘ação ou vontade humana’. Dito de outra forma, *mesmo quem não se considera positivista aceita plenamente a positividade do direito moderno*”.

¹² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Direitos humanos e moral: os valores morais nas fases de positivação e de aplicação dos direitos humanos. *Sequência*, Florianópolis. n.60, p.109-132, 2010, p.123: “Inicialmente, quanto à fase de positivação, cabe assinalar que os valores emergentes dos embates políticos prévios configuram o substrato inicial para criação das normas, consubstanciando a razão de existência do ordenamento jurídico. Com efeito, a atividade criadora do direito é voltada para o fim de disciplinar a multiplicidade de ações e omissões possíveis no cenário social e econômico, com enfoque na proteção de determinados interesses e na promoção de certos valores. O elemento anímico do legislador é, então, condicionado pela moral compartilhada em determinado contexto histórico. Daí que a relação de complementaridade entre direito e moral é verificável desde o nascedouro do preceito normativo”.

¹³ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Direitos humanos e moral: os valores morais nas fases de positivação e de aplicação dos direitos humanos. *Sequência*, Florianópolis. n.60, p.109-132, 2010, p.125: “No que concerne a este segundo momento, em que se verifica a manifestação dos valores subjacentes ao direito, cabe assinalar que o aplicador, seja qual for (um particular contratando, um gestor público ou um juiz, por exemplo), condicionará moralmente a finalidade da norma, ainda que mediante a suspensão de seus preconceitos pessoais em favor dos princípios e regras que extrai do sistema normativo, de modo a harmonizar o direito à moral compartilhada no contexto histórico da interpretação. Nessa linha de raciocínio, o intérprete percebe/concebe a norma do texto através de atividade intelectual que não pode ser compreendida afastada da moral que compartilha intersubjetivamente no contexto histórico. Isto porque, primeiro, o dispositivo normativo não é perceptível fora do cenário onde seu conteúdo deve se concretizar; e, segundo, o valor não é algo embutido em algum lugar secreto do preceito ou do diploma onde se insere, esperando para ser encontrado. Pelo contrário, o valor é compartilhado intersubjetivamente e condiciona a extração da norma como resposta à resolução do caso apresentado. Daí o papel da moral na fase de aplicação, como critério de harmonização da norma no momento de sua implementação fática”.

insustentável a crença de uma total neutralidade axiológica, de modo a revelar a inegável inter-relação entre Direito e Moral, tanto na fase de positivação, como também na etapa de interpretação e aplicação. A proposição juspositivista que sustenta a total desvinculação ou a indiferença entre tais ordens normativas é altamente criticável, justamente porque é inviável a proposição de uma blindagem eficaz da interpretação e da aplicação dos preceitos jurídicos em face da moralidade política, de sorte que os Juristas não devem se esquivar em discutir tal tema ou simplesmente externá-lo artificialmente da Ciência Jurídica.

Os adeptos do Juspositivismo defenderam a ruptura entre moralidade e juridicidade como um meio de evitar a contaminação do Direito por aspectos materiais amplamente subjetivos (juízos de certo ou errado, bom ou mau e justo ou injusto), que poderiam prejudicar a objetividade na interpretação e aplicação das Normas Jurídicas e, assim, gerar imprevisibilidade quanto às consequências do comportamento humano. Porém, ainda que louvável tal intenção (a palavra é empregada propositadamente, pois a limpeza de cunho anti-ideológica é também, por si, uma opção ideológica),¹⁴ a exclusão do âmbito do Direito da questão moral representa, em verdade, uma fuga de tal problema complexo (e mutável), que irrefutavelmente reflete na produção normativa, ao influenciar a atividade dos legisladores e juízes.

Também sob a ótica científica não se justifica que os juristas descuidem do estudo da Moral, apenas porque se trata de um tema complexo e variável, para construir uma Ciência do Direito pura e outra talvez impura (como a Ética, que para Kelsen é o ramo de estudo da moralidade¹⁵). Considerando que os influxos morais são inafastáveis (não é faticamente possível uma efetiva blindagem do ser humano racional com relação à Moral), consoante acima explicitado, cabe à Ciência Jurídica internalizar tal tema e, assim, traçar proposições sobre ele, com vistas a promover a disseminação de conhecimentos e aprimorar sua área de estudos. Com efeito, a externalização dos problemas morais é uma simples ficção que somente serve ao fim político de tentar justificar o mito simbólico de uma Ciência Jurídica objetiva e neutra. Logo, os Juristas não podem se furtar ao diagnóstico do problema e, por se debruçarem sobre o campo de estudos das ordens sociais, têm a atribuição científica (função social) de propor soluções que permitam uma mais fiel e ampla compreensão da realidade e, conseqüentemente, promovam um progresso civilizatório mais inclusivo e dignificante da condição humana.

¹⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.181: "Em síntese, pode-se chegar à conclusão de que o rígido formalismo de Kelsen reflete certa posição dominante das ciências humanas, em determinado momento do desenvolvimento político econômico das sociedades burguesas liberais contemporâneas. Porquanto, ainda que se busquem teorizações aparentemente conformistas e não engajadas ao ditame dessas sociedades, na verdade, sob tais fórmulas técnicas, ocultam-se ideologias e intentos do próprio jogo da 'neutralidade', objetivando fins 'impuros'. De fato, a suposta 'cientificidade' e a propalada 'neutralidade' kelsenianas não deixaram de ser também ideologias, pois sua 'Grundnorm' transformou-se em instrumento de legitimação de inúmeras ordens política-jurídicas: tanto de Estados do capitalismo liberal-burguês quanto de Estados que viveram certo tipo de socialismo burocrático".

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.67: "Essas outras normas sociais podem ser abrangidas sob a designação de Moral e a disciplina dirigida ao seu conhecimento e descrição pode ser designada ética".

Acerca do segundo aspecto (relação entre os objetivos do Direito e a Moral), cabe asseverar que uma das finalidades centrais do sistema jurídico reside justamente em estabelecer critérios e limites para tomada de decisões que sejam corretas, boas e justas, não apenas quaisquer deliberações previsíveis, a despeito de seu conteúdo. Como uma construção cultural (produzida pela Sociedade),¹⁶ o Direito tem uma finalidade a desempenhar, a qual não pode ser simplesmente ignorada ou excluída, sob pena de acarretar uma contradição lógica insuperável, consistente na criação de um produto para desempenhar uma função (disciplinar corretamente a vida social) e, simultaneamente, liberação de que atinja tal objetivo (admitir que qualquer tipo de regramento de conduta é válido a despeito de seu conteúdo, desde que previsível objetivamente). Logo, também por ser a própria razão de criação histórica do Direito, este deve se dedicar a disciplinar de forma correta (certa, boa e justa) a conduta humana, sob pena de se privilegiar um sistema social sem funcionalidade específica (ou que não atende satisfatoriamente tal necessidade).

Sem embargo, nessa quadra da história, em que se tem em perspectiva um Estado Constitucional Democrático, na expressão empregada por Gustavo Zagrebelsky¹⁷ e por José Joaquim Gomes Canotilho,¹⁸ não se pode admitir a existência de um Ordenamento Jurídico a despeito de qualquer conteúdo, justamente porque as leis fundamentais, por via de regra, contemplam parâmetros de perfil axiológico. É preciso reconhecer que as Normas Jurídicas devem ter legitimidade moral, ainda que tal apreciação seja axiológica e, portanto, relativa e subjetiva.¹⁹ Caberá ao processo comunicativo, de viés jurídico e democrático, o esforço para formação de consensos (ou maiorias) sobre quais os padrões que devem prevalecer no Ordenamento normativo em determinado período histórico.

Sob esta ótica, a apresentação das Normas Jurídicas com qualquer conteúdo, ou seja, a despeito da sua legitimidade moral, é outro problema que torna insustentável a teoria do Direito juspositivista, haja vista que, primeiro, são inegáveis e inafastáveis os influxos morais na atividade jurígena e, segundo, a própria finalidade histórica da normatização reside em estabelecer quais são as condutas corretas, boas e justas. Bem assim, ao lado do pilar de validade formal da estrutura normativa, é preciso tratar também das pilstras morais e axiológicas que, de forma simultânea, conferem sustentação ao sistema.²⁰

¹⁶ GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.20: "Nível de um todo complexo – a estrutura social global –, o direito nela se compõe e resulta da sua própria interação com os demais níveis desse todo complexo. [...] Produto cultural, o direito é, sempre, fruto de uma determinada cultura. Por isso não pode ser concebido como um fenômeno universal e atemporal".

¹⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 9.ed. Madrid: Trotta, 2009. p.33-41.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.87.

¹⁹ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p.288: "Mas, por causa da sua função social, o poder do Estado não deve contentar-se com a legalidade técnico-jurídica; por necessidade da sua própria subsistência, deve também preocupar-se da justificação moral das suas normas jurídicas ou convencionais positivas, procurar a legitimidade".

²⁰ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p.38: "O direito não é uma ordem lógica nem uma simples estrutura. Possui caráter político que se exprime em tomadas de posição, em práticas e teorias situadas no tempo e no espaço e apoiadas em opções substanciais ('de conteúdo') que o estudioso não pode ignorar, mesmo quando se preocupa com a análise de elementos estruturais, comuns em vários ordenamentos".

Portanto, de acordo com os dois aspectos antes destacados, não se pode cogitar, então, da simples opção por uma modalidade inclusiva do Positivismo Jurídico (a exemplo da proposição de Hart), ao invés de uma versão exclusiva (como a de Kelsen), no sentido de apenas admitir que, eventualmente, as contingências políticas e sociais são confluentes com os temas jurídicos e, assim, estabelecem contornos na atividade jurígena. Tal solução não parece ser a mais adequada, considerando que há uma necessária relação fática entre Direito e Moral (primeiro ponto) e que a própria finalidade histórica do conhecimento jurídico é justamente permitir a tomada de decisões corretas, boas e justas (segundo ponto). Outrossim, é necessário se socorrer de uma proposição pós-positivista neste particular, que articule uma adequada confluência entre moralidade e juridicidade.

No concernente à prevalência das Regras Jurídicas, é incorreta a proposição juspositivista de que o Direito se resume a um conjunto de imperativos legislativos, porquanto há outros elementos que inegavelmente conformam a atividade jurígena, a exemplo da Moral (como já antes assinalado), dos Princípios Jurídicos e das políticas, dentre eventuais outros. Todavia, merece ser respeitada a tese juspositivista que atribui apenas a prevalência, mas não a exclusividade, das disposições legais escritas sobre os demais padrões decisórios, com a ressalva da viabilidade do controle principiológico de constitucionalidade, já incorporada inexoravelmente na tradição jurídica de diversos países, inclusive da República Federativa do Brasil.

Aprofundando ambas as afirmações, cabe acentuar a falha descritiva do argumento juspositivista no sentido de que a ordem jurídica seria composta tão somente de Regras postas pelo Estado, ainda que sua inserção tenha sido influenciada por critérios morais, políticos, ideológicos ou interesses de quaisquer outras ordens, a exemplo da proposição teórica de Kelsen²¹. Porém, é respeitável a versão atenuada de tal concepção do Direito, no sentido de que a legislação escrita não é o único parâmetro de julgamento, porém, são sempre prevaletentes sobre os demais, em razão do monopólio estatal da produção normativa,²² consoante expôs Hart.²³

Com efeito, quanto à primeira assertiva (só as Regras Jurídicas são Direito), cabe assinalar que, quando o parlamentar se baseia em um elemento extraído da Moral para produção de um Texto Legislativo, deve se supor que tal texto foi “moralmente contaminado”. Também quando o juiz, ou outro órgão aplicador do Direito, produz uma Norma Jurídica para fundamentar uma Decisão concreta com base em um Princípio Jurídico, se estará diante do ingresso de um elemento diferente da Regra positiva na ordem jurídica. Tais exemplos demonstram que, “nos discursos jurídicos, surgem não

²¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p.145-156, em especial p.148.

²² DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p.115: “O termo ‘formal’ indica tão somente que, na visão juspositivista, a validade da norma nunca pode ser julgada de acordo com critérios externos, isto é, decorrentes de outros sistemas normativos (adequação moral, política, econômica, técnica, científica, artística etc)”.

²³ HART, H. L. A. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.59-60 e, especialmente, p.347: “Assim, sejam as leis moralmente boas ou más, justas ou injustas, os direitos e deveres exigem atenção como pontos focais no funcionamento do sistema jurídico, que tem importância suprema para os seres humanos e independe dos méritos morais das leis”.

somente argumentos imanentes ao direito, mas também argumentos éticos, empíricos e pragmáticos”.²⁴ Não se pode negar, ainda, que tais influxos diversos da legislação positiva são empregados comumente e, portanto, não podem ser desconsiderados pelo cientista do Direito.²⁵

Tanto é assim que Ronald Myles Dworkin, em seu ataque geral declarado ao Positivismo Jurídico, demonstrou que existem diversos padrões que influenciam o magistrado na construção da Norma que fundamenta uma Decisão concreta, dos quais reputou legítimos os Princípios (*principles*) e as Regras (*rules*) e, de outro lado, rejeitou as políticas (*policies*), sem olvidar da existência de outros tipos de argumentos não especificados.²⁶ Embora o entendimento do referido Jurista seja objeto de análise mais adiante, cabe adiantar tal colocação para registrar que, diferentemente dos juspositivistas, reconheceu a existência de diversos aspectos normativos e passou a enfrentar o problema, ao invés de simplesmente taxá-los de estranhos à Ciência Jurídica e esquecê-los.

Aliás, o próprio Hart, após as provocações acadêmicas de Dworkin, reconheceu expressamente que sua visão foi incompleta, ao desconsiderar a importância de outros padrões de julgamento para a Ciência Jurídica. Com efeito, inicialmente seu entendimento era de que o sistema seria formado centralmente (principalmente) por Normas Jurídicas primárias (Regras coercitivas de conduta) e secundárias (Metarregras de reconhecimento, de modificação e de julgamento), com eventuais outros elementos distintos na periferia.²⁷ Porém, após o mencionado diálogo acadêmico, acabou por reconhecer o equívoco do Juspositivismo neste particular e, conseqüentemente, admitiu que deixou de examinar outros padrões de julgamento de alta relevância para a compreensão do Direito, a exemplo dos Princípios Jurídicos.²⁸

Acrescenta-se que, para fins do correto desenvolvimento de uma nova teoria do Direito, é possível apontar, desde o início, um conjunto de elementos que historicamente tem servido para conformar a Norma Jurídica, consistentes em, a um, os Textos Legislativos, que são vinculantes e devem ser levados a sério,²⁹ a dois, o conhecimento técnico científico, na medida em que for relevante para o estabelecimento de uma pauta

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.352.

²⁵ ALEXY, Robert. On the concept and the nature of law. *Ratio Juris*, Oxford, v.21, n.3, p.281-299, 2008. p.283: “The everyday life of law is full of hard cases that cannot be decided simply on the basis of what has been authoritatively issued”.

²⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.35-46, especialmente p.36: “Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras” (grifou-se).

²⁷ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.128.

²⁸ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.339.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.20 e 102.

de julgamento (a exemplo da Doutrina Jurídica),³⁰ a três, os Princípios Jurídicos, já inseridos na tradição do Direito, a quatro, a Jurisprudência gradualmente construída e, a cinco, os padrões morais compartilhados intersubjetivamente no cenário onde ocorre a produção normativa. Todos estes cinco elementos são candidatos a auxiliarem na atividade jurígena e, portanto, ingressarem no conteúdo da ordem jurídica, mediante uma conjunção centrípeta das diversas considerações técnicas (*viewpoints*) sobre a legitimidade, a validade e a pertinência de cada um deles.

Veja-se bem que não se está afirmando que todo e qualquer elemento pode integrar a ordem jurídica, haja vista que é muito importante a delimitação de quais são as Fontes legítimas do Direito (tema que será objeto de estudo, na sequência). A crítica aqui estabelecida é apenas no sentido de que a teoria do Direito não pode simplesmente ignorar que existem outros diversos padrões de julgamento que conformam a produção normativa e que, portanto, merecem ser considerados como frações, legítimas ou ilegítimas, do sistema. Uma situação é admitir que existem tais elementos suscetíveis de influenciar a produção normativa, tanto na formatação dos Textos Legislativos, como na fixação das Decisões executivas ou jurisdicionais. Outra completamente distinta é qualificá-los de elementos estranhos à ordem jurídica e, assim, isolá-los artificialmente, como propõem uma parcela do movimento juspositivista, a exemplo de Kelsen. Tais elementos existem de fato e, por isto, reclamam a atenção do cientista jurídico.

Logo, forçosa a ilação de que a formação unidimensional do Ordenamento Jurídico é incompleta, justamente porque não abarca os diversos outros padrões que inegavelmente conformam as Decisões Jurídicas.³¹

Porém, no tocante à segunda afirmação (o Texto Legislativo sempre prevalece sobre os demais padrões de julgamento), esta merece ser respeitada e mantida por uma proposta de superação pós-positivista, haja vista que, acaso não for conferida tal preferência à legislação escrita, geralmente confeccionada segundo padrões democráticos modernos (como se verifica formalmente no cenário brasileiro atual), estará se permitindo que o órgão decisor possa fazer preponderar sua apreciação pessoal sobre as opções fixadas legitimamente, em flagrante retrocesso no processo civilizatório.

Com efeito, desconsiderar a importância das limitações impostas pelos textos positivos significa, nesta linha de pensamento, um retorno indevido aos postulados do Jusnaturalismo, o qual relativizava a importância da legislação em face de supostos direitos

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Crise de paradigmas: Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz*. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 12 abril 2011.

³¹ NEVES, António Castanheira. *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. V 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p.52: "Trata-se agora também do reconhecimento, não só de que o sistema jurídico haverá hoje de pensar-se *aberto e constituendo*, mas sobretudo de que deixou ele de ser normativisticamente unidimensional (i. é, constituído apenas por *normas*, no sentido dogmático estrito desse conceito, e qualquer que seja a origem dessas normas ou mesmo que não sejam elas exclusivamente normas legais), pois se revela como normativisticamente pluridimensional – desde logo, e é essencial, com uma dimensão normativa que transcende, intencional e juridicamente, as normas formais e que é dada pelos valores e *princípios* normativo-jurídicos, os regulativos e constitutivos fundamentos normativos de todo o sistema juridicamente vigente".

naturais, altamente abstratos e flexíveis, capazes de comportar qualquer tipo de solução, mormente em sociedades complexas e altamente heterogêneas, como a brasileira. Aliás, seria um esforço infrutífero insistir em positivar diversas orientações para tomada de decisão e, ao mesmo tempo, admitir que elas possam ser simplesmente desconsideradas com base em argumentos fictícios, calcadas em supostos postulados naturais que, a bem da verdade, não passam de uma retórica para amparar o ponto de vista de determinada autoridade, em detrimento de preceitos democraticamente criados.

Entretanto, importa registrar que os Textos Normativos infraconstitucionais podem ser mitigados, em determinadas hipóteses e de acordo com processos específicos, quando contrariem os Princípios Jurídicos estabelecidos em alçada constitucional, em sistemas jurídicos que assimilaram o controle de constitucionalidade, a exemplo da tradição jurídica brasileira.

Encontra-se assentado, neste cenário, que os preceitos infraconstitucionais podem ser invalidados pela aplicação de Princípios constitucionais, cuja interpretação/concretização está sujeita a influxos da moralidade³². Embora se repugne o subjetivismo na apreciação moral da legislação positiva, não se pode afastar a necessidade do controle de constitucionalidade das leis positivas, ainda que com base em Princípios lidos eticamente, em sede de um Estado Constitucional Democrático³³. Assim, o exercício do controle de constitucionalidade, representa, sob esta ótica, uma forma válida e amplamente aceita de invalidação dos preceitos infraconstitucionais por critérios de julgamento diversos, notadamente os Princípios Jurídicos e a Moral.

Portanto, diante de tal contexto, apresenta-se correta a tese da impossibilidade da superação dos dispositivos legais, embora se admita que os sistemas jurídicos modernos têm, de uma forma ou de outra e dentro de certos parâmetros preestabelecidos, fixado a possibilidade de se negar efeitos aos Textos Normativos infraconstitucionais que contrariem Princípios Jurídicos (e, conseqüentemente, temas morais), desde que estes tenham alçada fundamental (constitucional).

Perante as duas colocações acima alinhavadas, é possível justificar que os diversos elementos de determinação das Normas Jurídicas precisam ser conhecidos e estudados pela Ciência do Direito (mais especificamente pela dogmática jurídica), inclusive para fins de auxiliar na prescrição daqueles que são juridicamente aceitáveis e devem ser tomados em conta pelo legislador e pelo órgão aplicador, bem como dos que merecem ser

³² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: A leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.2: "A maioria das constituições contemporâneas expõe os direitos do indivíduo perante o governo numa linguagem extremamente ampla e abstrata, como a Primeira Emenda à Constituição norte-americana, que estabelece que o Congresso não pode fazer nenhuma lei que diminua a 'liberdade de expressão'. A leitura moral propõe que todos nós – juizes, advogados e cidadãos – interpretemos e apliquemos estes dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça".

³³ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. Porto Alegre: Do Advogado, 2010. p.102-103: "Mas, atenção: essa crítica ao subjetivismo – que é, fundamentalmente, uma crítica ao pragmatism(o) – não implica a submissão do Judiciário a qualquer legislação que fira a Constituição, entendida no seu todo principiológico. Legislativos irresponsáveis – que aprovelem leis de conveniência – merecerão a censura da jurisdição constitucional".

desprezados. Logicamente, as afirmações antes reduzidas tornam nítida a falseabilidade da pretensão juspositivista de que o Direito é formado apenas por Regras Jurídicas, embora mereça ser preservada a tese de que a legislação positiva deve sempre prevalecer sobre os demais parâmetros que podem influenciar a atividade jurígena, com a ressalva do controle principiológico de constitucionalidade.

Acerca do Ordenamento Jurídico, acentua-se que a doutrina juspositivista também merece aperfeiçoamentos, haja vista que a estrutura de uma pirâmide de Regras Jurídicas escalonadas segundo critérios formais precisa de adaptações para, primeiro, assimilar os demais parâmetros de julgamento admitidos (a exemplo dos Princípios Jurídicos e da Moral); segundo, mais fielmente explicar a relação complexa e reflexiva dos diversos padrões jurídicos entre si, nos quadros de um mesmo sistema; e, terceiro, melhor ilustrar a posição estrutural da Norma fundamental, considerando seus aspectos político e axiológico, os quais aderem ao seu caráter formal.

Quanto à primeira assertiva, cabe reiterar o que já foi explicitado acima, no tocante à existência de outros elementos, além da Regra Jurídica, no interior do sistema normativo, os quais precisam ser devidamente tratados pela teoria do Direito.

No tocante à segunda colocação, importa assinalar que a dinâmica unidirecional da pirâmide jurídica, no sentido de cima para baixo, proposta inicialmente por Kelsen, não reflete a complexidade das interações entre as diversas Fontes Jurídicas que se articulam no interior do Ordenamento Jurídico. Isto porque, mediante a observação da atividade da jurisdição, é possível constatar que o órgão aplicador não segue uma linha reta de raciocínio partindo da Constituição, passando pela legislação intermediária, até chegar à Norma de Decisão, ou seja, ele não simplesmente desliza linearmente do ápice até a base da pirâmide. Diferentemente, a atividade do intérprete e aplicador se apresenta dispersa entre os diversos elementos que extraí do complexo normativo para elaborar a sua Decisão, os quais são apreciados de acordo com movimentos multidirecionais, diversos da simples descida do topo até a base, inclusive em razão da inter-relação e da reflexividade entre os critérios que serão adotados.

Como exemplo, imagine-se a situação hipotética de um juiz que tem ao seu encargo a resolução de um caso criminal de trânsito, como lesões físicas causadas por um atropelamento culposo. Inicialmente, por certo que não pode desconsiderar o conteúdo da Constituição, que é o elemento central de um determinado Ordenamento Jurídico. Porém, a leitura dos preceitos constitucionais, na hipótese vertente, será irradiada por extratos dos subsistemas criminal e processual penal, os quais justamente apoiam a fixação dos critérios de desaprovação e de punição da conduta concreta em análise. Ademais, sua análise não pode olvidar dos imperativos legais extraídos da legislação de trânsito. Então, a operação mental do juiz não se reduz a uma descida dos preceitos constitucionais, passando pelos criminais, processuais e de trânsito, até chegar à Decisão, como podem pretender os juspositivistas (mormente Kelsen). Na verdade, sua leitura da Constituição e dos estatutos processual, repressivo e de trânsito é reflexiva e irradiante, entre os subsistemas envolvidos. Outrossim, ao invés de uma linearidade, de cima para

baixo, há uma irradiação multirreflexiva e complexa entre os preceitos da Constituição, da legislação penal, do processo criminal e da disciplina de trânsito, de modo a conformar a sua Decisão jurisdicional.

Consequentemente, também sob esta ótica, a estrutura da ordem jurídica merece ser revista, haja vista que a forma piramidal, cuja dinâmica é meramente linear de cima para baixo, não representa adequadamente os movimentos que se operam no interior do sistema.

E, sobre a terceira colocação, é necessário repensar o posicionamento da Norma fundamental dentro do sistema jurídico, haja vista que sua colocação no topo de uma pirâmide escalonada visa apenas satisfazer um critério de validação formal das disposições que se colocam abaixo dela, contudo, não representa adequadamente a força material que irradia sobre os demais elementos do Ordenamento Jurídico.³⁴

Em estudo anterior, no qual se expuseram alguns argumentos inaugurais da presente pesquisa, foi defendida a hipótese de que a Constituição não é o vértice de um sistema formado puramente por Regras Jurídicas escalonadas pelo critério meramente formal, mas sim um texto jurídico com inegável caráter político e axiológico, que assume a posição de centralidade formal e material (ou seja, conteudística) em uma ordem jurídica de feições orbitais. Nesta linha de pensamento, o núcleo do Ordenamento Jurídico é formado por uma pauta de princípios estruturantes, impressos na Constituição, que consubstancia o pilar de sustentações formal e material de todo o sistema.³⁵

Portanto, diante da tripla argumentação apresentada, justifica-se a necessidade de repensar a estrutura piramidal da versão juspositivista de Ordenamento Jurídico, de modo a melhor sistematizar a confluência multidirecional e irradiante dos diversos padrões de julgamento sobre os pilares formais e materiais de uma Norma fundamental.

No tocante à aplicação do Direito por subsunção, a proposição juspositivista merece ser superada, para melhor representar a realidade (aspecto descritivo da Ciência Jurídica), haja vista que as Normas Jurídicas faticamente não correspondem a soluções oferecidas de antemão pelo órgão legiferante (premissas maiores), antes de surgidos os casos concretos (premissas menores), de modo a inviabilizar um raciocínio meramente lógico dedutivo. Ademais, como decorrência da afirmação anterior, o fenômeno da subsunção não efetivamente demonstra a atividade interpretativa e aplicativa da jurisdição, a qual é complexa e se desenvolve diferentemente do mero encaixe dos fatos em preceitos legais, através de um procedimento silogístico.

³⁴ DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2.ed. São Paulo: Landy, 2010. p.81: "Esse modelo jurídico [constitucionalismo] representa uma visão universalista do direito constitucional, a qual representa uma dimensão axiológica do jurídico, em que os valores não são simplesmente expressões de um ponto de vista, mas a expressão de um ideal moral universal. Nesse modelo, a Constituição não é somente 'norma de autorização' e limite do direito infraconstitucional; esta apresenta um conteúdo que sustenta todo o sistema jurídico".

³⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. A centralidade material da constituição. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n.95, 2011. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br. Acesso em: 01.12.2011.

Quanto às objeções acima expostas, importa ressaltar a incorreção da presunção juspositivista de que as Normas Jurídicas são previsões de resposta para problemas futuros que, quando falhas ou imprecisas, demandam a atividade criadora discricionária do órgão aplicador do Direito. Tal entendimento encontra-se expresso, ainda que com algumas diferenças analíticas, nas obras de Hart (somatório de Regras primárias e secundárias com textura aberta)³⁶ e, com aperfeiçoamentos, de Kelsen (Normas escalonadas e a moldura de interpretação)³⁷.

Para Hart, as Normas Jurídicas são padrões de conduta fixados pela autoridade competente (Direito posto), com força coercitiva, criadas para reger a vida em Sociedade. Porém, em se tratando de casos difíceis, quando o órgão aplicador encontra imprecisões na tarefa de deduzir a resposta correta prefixada no Ordenamento Jurídico, ele deve exercer o poder legislativo intersticial e discricionário para fixar o imperativo aplicável na situação concreta, de modo a superar a textura aberta decorrente das limitações linguísticas³⁸.

Tal versão positivista não se sustenta, pois o Texto Legal (dos quais se extrai o imperativo) não apresenta nenhuma resposta de antemão, tratando-se de uma orientação escrita, com finalidade limitativa da amplitude decisória. Ou seja, antes da efetiva ocorrência de um caso (concreto ou imaginado), não há nenhuma resposta preestabelecida, mas apenas uma construção gramatical (um texto).³⁹ Somente com a efetiva ocorrência de um problema na faticidade (concreta ou hipoteticamente), é que surge a pergunta que irá movimentar a operação interpretativa e aplicativa do órgão judicante, que passará a produzir a Norma Jurídica, segundo as balizas traçadas pelo enunciado normativo e de acordo com os detalhes da situação fática⁴⁰. Portanto, não há Norma Jurídica em abstrato, ou seja, antes dos fatos, da mesma forma que inexistem respostas antes das perguntas, de sorte a demonstrar a necessidade de aperfeiçoamento deste ponto da doutrina juspositivista, com vistas a ampliar sua fidelidade descritiva (âmbito descritivo da Ciência Jurídica).

A leitura desatenta dessa consideração (inexistência de Normas Jurídicas em abstrato) poderia levar a uma objeção, baseada no fato de que, através do estudo científico

³⁶ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.161-199.

³⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.387-397.

³⁸ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.351: "Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer a sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente. Assim, nesses casos não regulamentados juridicamente, o juiz ao mesmo tempo cria direito novo e aplica o direito estabelecido, o qual simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder".

³⁹ GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.29: "Partindo do texto da norma (e dos fatos), alcançamos a norma jurídica, para então caminharmos até a norma de decisão, aquela que confere solução ao caso. Somente então se dá a concretização do direito. Concretizá-lo é produzir normas jurídicas gerais nos quadros de solução de casos determinados [Müller]".

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.549-550: "Desde já – embora essa discussão já esteja esclarecida no decorrer da obra –, é necessário (re)lembrar que, para os efeitos aqui pretendidos, a palavra 'norma' representa o produto da interpretação de um texto, isto é, o produto da interpretação da regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica. Se sempre há um princípio atrás de uma regra, a norma será o produto dessa interpretação, que se dá na *applicatio*. [...] Desse modo, não pode haver um conceito de norma que seja prévio e anterior ao caso a ser decidido. Portanto, a norma e, máxime, a normatividade do direito emerge da conflituosidade própria do caso".

do Direito (em instituições de ensino superior, por exemplo), mesmo realizado em sede meramente hipotética, seria possível a extração de Normas Jurídicas, o que faria sucumbir a presente exposição, na medida em que haveria uma Regra de conduta antes da ocorrência de um caso concreto. Todavia, tal crítica é incorreta, haja vista que as atividades de abstração somente são possíveis através de efetivos casos, ainda que os respectivos detalhes tenham resultado da criatividade (ou imaginação) de um estudioso, de acordo com os quais se torna possível a interpretação dos Textos Legais e, assim, a produção de Normas.⁴¹ Jamais um determinado dispositivo legal representa uma Norma Jurídica por si só, haja vista que esta só surge quando há a atividade de interpretação e de aplicação, diante de um caso (ainda que hipoteticamente imaginado), mediante a interferência de um intérprete que pretende resolvê-lo.

Portanto, merece aprimoramento tal versão da teoria do Positivismo Jurídico, capitaneada por Hart, de que a Norma Jurídica é uma resposta preestabelecida, fixada pelo órgão legiferante, que oferece soluções para os futuros casos concretos, mediante o processo dedutivo e lógico de subsunção (encaixe dos fatos nas respostas prefixadas). Isto porque, como já dito, antes da ocorrência de um caso (ainda que hipoteticamente imaginado), não há como se efetuar a interpretação de textos necessária para produção da Norma.

A proposição teórica de Kelsen, por ser mais refinada no ponto, aparentemente superaria a dificuldade acima descrita, porquanto estabelece que a aplicação do Direito é uma atividade efetivamente produtiva, no sentido de que cada caso específico demanda a construção de uma resposta única (Norma individual), salvo exceções raras. Como já visto, para o Jurista austríaco, há uma construção gradual e escalonada da ordem jurídica, no sentido de que as Normas superiores (legisladas ou extraídas de precedentes judiciais) conformam a atividade do órgão aplicador, que irá produzir (criativamente) uma Regra inferior individual para reger a situação concreta. Assim, para ele, a atividade de produção normativa é uma cadeia dinâmica inserida na pirâmide do Ordenamento Jurídico, em que novas Normas são criadas com bases nas preexistentes, ou seja, a resposta específica e individual deve ser produzida dentro das margens de possibilidade das soluções mais amplas e genéricas. Daí que, no interior da moldura representada pela disposição normativa superior, o órgão aplicador estaria livre para estabelecer as balizas do comando individual inferior.

Todavia, cabe notar que tal versão incorre no mesmo equívoco da proposição de Hart, ao admitir a existência de Normas Jurídicas em abstrato, nas quais o jurista pode se basear para produzir o imperativo individual. Como já dito, antes de iniciada a atividade interpretativa, há apenas textos legais, inexistindo uma efetiva Norma que possa guiar a atividade do órgão aplicador. Assim, como já se se discorreu anteriormente ao se tratar da necessidade de modificação da estrutura do Ordenamento Jurídico, a atividade produtiva do órgão aplicador se resolve através de análises complexas e reflexivas entre diversos

⁴¹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004. p.60: "[...] quem falar de uma norma, assim como de uma regra, no sentido relevante para a regra, associa a ela a ideia de alguns casos que são iguais entre si e nos quais, por isso, a norma pode ser aplicada".

padrões de julgamento (dentre eles Textos Legais, de graus de hierarquia diversos), aos quais aderem os fatos. Ou seja, apenas após a pergunta surgida na faticidade (caso concreto) é que o órgão aplicador inicia a complexa atividade cognitiva, balizada pelo seu conhecimento dos enunciados normativos escritos, que irá resultar em uma resposta específica (Norma Jurídica). Assim, sequer existe a chamada moldura kelseniana antes de iniciada a operação mental de interpretação, de modo a demonstrar a necessidade de refinamento da teoria juspositivista neste particular, para que melhor explique como as construções léxicas limitam a atividade jurisdicional. Em outros termos, não existem respostas antes de sequer formuladas as perguntas, ou seja, não há como se estabelecer que a ordem jurídica é composta por respostas genéricas e amplas (molduras), dentro das margens semânticas das quais o órgão aplicador irá encontrar uma solução (Norma). As soluções jurídicas são construídas somente a partir da provocação do caso concreto, ocorrido na faticidade ou hipoteticamente imaginado, que irá motivar o órgão aplicador a dar uma resposta, ainda que limitado por padrões de julgamento, a exemplo dos Textos Legais.

Mas não apenas aí a proposição kelseniana demanda aprimoramentos, pois também a descrição da subsunção escalonada não reflete fielmente a realidade. Sem embargo, para o autor em tela, a produção do Direito ocorre na própria dinâmica do Ordenamento, seguindo uma linha sempre descendente, dividida em tantas etapas quantos forem os degraus da hierarquia. Exemplificativamente, o constituinte derivado poderia modificar a Constituição mediante uma emenda, enquanto o legislador, por sua vez, observaria a alteração constitucional para editar a lei ordinária e, ao final, o juiz se basearia na mencionada disposição infraconstitucional para decretar uma Norma individual na resolução de um caso concreto. Porém, não é isto que efetivamente ocorre, de modo a revelar que a construção teórica de Kelsen é um plano ideal sem paralelo na realidade fática. Isto porque, consoante demonstra a experiência, o órgão aplicador do Direito, diante de um caso, difícil ou fácil (ambos se resolvem da mesma forma, embora o segundo possa parecer evidente, de resolução automática), enxerga a ordem jurídica como um todo íntegro e, dela, procura extrair os mais diversos elementos para produção da resposta (Norma Jurídica) que irá resolver o problema (caso). Tal convergência de aspectos, a serem ponderados segundo operação mental do intérprete, é que resulta na Norma Jurídica que responderá à pergunta inaugurada pelo caso concreto (ou hipotético).⁴²

Retome-se o exemplo anterior, do juiz que está diante de certo caso criminal hipotético, envolvendo um suposto delito de trânsito. Ele pode, primeiro, identificar alguns Textos Normativos que lhe parecem pertinentes ao tema, extraídos da Constituição, dos códigos penal, processual criminal e de trânsito, bem como do regulamento do órgão de fiscalização de tráfego. Todavia, tais Textos podem não

⁴² DWORIKIN, Ronald. *O império do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.492: "O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamento. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossa vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. [...] É uma atitude interpretativa e autorreflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância".

parecer suficientes para resolução do problema, persistindo ainda dúvidas quanto ao melhor desfecho. Consultando a integralidade dos documentos legais antes referidos, o magistrado percebe que dois Princípios, quando articulados com os Textos Legais que ele destacou, permitem a formação de uma resposta, embora ainda não esteja completamente certo de que seja a melhor. Então, buscando auxílio na Doutrina especializada (de Direito e de engenharia automotiva, supondo que esta última também fosse pertinente à espécie), o juiz é influenciado por argumentos técnicos em determinado sentido, podendo até mudar a sua opinião inicial, quando sequer havia ainda consultado a legislação. Adicionalmente, em consulta ao escólio jurisprudencial de dois tribunais, o juiz acaba por confirmar que os contornos de uma Decisão que formava em sua mente (e, portanto, tinha como sendo sua opinião desejada para o equacionamento da demanda), orienta justamente a modificar um dos pontos acessórios da sua solução final. E, em acréscimo, ainda que se esforce em desconsiderar seus preconceitos morais sobre o caso, alguns argumentos deste teor acabam exercendo inegável influência na sua operação interpretativa⁴³. Ao final, todos estes padrões de julgamento convergem, em uma estrutura argumentativa (que depois será reduzida linguisticamente em um texto escrito ou em voz gravada digitalmente), sob o formato de uma Norma Jurídica que fundamentará sua Decisão, a qual está sujeita à fiscalização democrática (*accountability*).

O exemplo acima ilustra, embora brevemente o fenômeno de conformação de uma Norma Jurídica, que muito pouco tem de semelhante com a categoria subsunção, ainda que nos moldes produtivos (e não meramente reprodutivos) propostos por Kelsen. Sem embargo, o referido fenômeno tipicamente positivista (subsunção) consubstancia uma redução exageradamente simplista da realidade, pois a Norma Jurídica é produzida por uma operação mental complexa, que envolve diversos elementos de determinação além das Normas superiores. Como já mencionado, diversos padrões de julgamento convergem de vários ângulos para influenciar a criação da Norma Jurídica, não sendo aceitável a tese de que ocorre apenas o encaixe de uma Regra inferior nos moldes de outra que lhe é superior, mediante um simples silogismo.

Muito embora a subsunção represente um esforço louvável de explicar cientificamente como ocorre a delimitação da atividade cognitiva do juiz, a realidade fática demonstra que os Textos Legais representam lindes ao órgão aplicador de forma distinta, de modo a atestar a necessidade da Ciência Jurídica encontrar uma explicação mais coerente com a complexidade da atividade decisória. Importa perceber que a limitação da amplitude de deliberação não se opera por intermédio de uma moldura ou janela (resposta genérica e ampla preestabelecida), mas sim de alguma outra forma, a ser esclarecida por alguma proposição pós-positivista que mais fielmente represente a confluência dos vários padrões de julgamento.

⁴³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p.237: “[...] a interpretação do direito feita pelo juiz não consiste jamais na simples aplicação da lei com base num procedimento puramente lógico. Mesmo que disso não se dê conta, para chegar à decisão ele deve sempre introduzir avaliações pessoais, fazer escolhas que estão vinculadas ao esquema legislativo que ele deve aplicar”.

A aposta juspositivista de que a produção normativa ocorre por subsunção linear, do ápice (Norma fundamental) até a base (Norma de Decisão) do sistema jurídico, ou seja, mediante o estabelecimento da Norma inferior por mera dedução da superior, através de um ato de vontade subsuntivo, simplifica excessivamente o fenômeno complexo e multidisciplinar da hermenêutica jurídica.⁴⁴ Nesse particular, cabe lembrar os ensinamentos de Edgar Morin, no sentido de que se deve ter cuidado ao limitar demais os fenômenos na tentativa de descrevê-los cientificamente, pois a redução exagerada da complexidade pode causar cegueira quanto à totalidade dos aspectos que compõem a realidade⁴⁵. Tendo isto em conta, não se pode olvidar que a subsunção é uma abreviação fenomenológica deste tipo, que merece ser superada (ou aprimorada) tecnicamente.

A insuficiência da teoria da moldura pode ser verificada faticamente na atividade forense cotidiana, pelo reiterado recurso a formas diversas de solucionar os casos pelos órgãos judicantes, exatamente em razão da inexistência de respostas preestabelecidas pela ordem jurídica que possam autorizar a técnica da subsunção. Exemplificativamente, as Cortes Constitucionais alemã (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG) e brasileira (Supremo Tribunal Federal – STF) têm empregado a chamada técnica de ponderação de interesses ou valores, criada por autores pós-positivistas, justamente para contornar a ausência de Normas Jurídicas prévias e, assim, resolver determinados casos considerados difíceis (*hard cases*), mediante a articulação de preceitos legais com Princípios Jurídicos. Uma busca através dos sistemas informatizados de consulta de Jurisprudência dos tribunais brasileiros revelará um considerável número de acórdãos com a menção à ponderação e à proporcionalidade, ainda que aplicadas de forma incongruente e assistemática, num esforço jurisdicional para responder aos problemas concretos, justamente ante a insuficiência da chamada subsunção.

Nessa linha de raciocínio, embora a teoria da Decisão Judicial baseada na subsunção goze de ampla aceitação acadêmica, nos moldes de Hart ou mesmo na refinada versão kelseniana, ela se encontra empiricamente incorreta ou, ao menos, excessivamente simplista, porquanto o órgão aplicador não enxerga a situação fática a ser resolvida através dos limites de uma janela representada pela Norma superior, mediante um procedimento silogístico.⁴⁶

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p.221: “O juspositivismo tem uma concepção formalista da ciência jurídica, visto que na interpretação dá absoluta prevalência às formas, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos e às deduções puramente lógicas que se possam fazer com base neles, com prejuízo da realidade social que se encontra por trás de tais formas, dos conflitos de interesse que o direito regula, e que deveriam (segundo os adversários do positivismo jurídico) guiar o jurista na sua atividade interpretativa”.

⁴⁵ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 3.ed. Porto Alegre: Sulina, 2007. p.13-14: “Por isso o conhecimento necessita ordenar os fenômenos rechaçando a desordem, afastar o incerto, isto é, selecionar os elementos da ordem e da certeza, precisar, clarificar, distinguir, hierarquizar... Mas tais operações, necessárias à inteligibilidade, correm o risco de provocar a cegueira, se elas eliminam os outros aspectos do complexus; e, efetivamente, eu o indiquei, elas nos deixaram cegos”.

⁴⁶ POSNER, Richard Allen. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.341: “Com base apenas no que afirmei até agora, já deve estar claro que a concepção tradicional que associa o raciocínio do *common law* à indução e a interpretação das leis à dedução é enganosa. Interpretação não é dedução, ainda que quando um conceito é extraído de uma lei por meio de interpretação o juiz possa proceder dedutivamente (por exemplo, a lei de monopólio e concorrência desleal [*Sherman Act*] – por interpretação – proíbe a formação de cartéis, X é um cartel, portanto X é proibido)”.

Portanto, em síntese, importa ter em mente que as Normas Jurídicas não podem ser conceituadas corretamente como esquemas de interpretação, sob a forma de molduras (ou janelas), dentro dos quais há um conjunto de soluções válidas, encontráveis mediante o procedimento lógico dedutivo de subsunção. A construção de um novo Paradigma da Ciência Jurídica deve ter em perspectiva que, primeiro, antes da existência efetiva do caso (concreto ou imaginado), há apenas um conjunto de Textos Legais, os quais somente vão influir na construção de uma Norma Jurídica (resposta) após inaugurado o processo cognitivo, através do impulso inaugural (*start*) representado pela questão quanto à solução correta de um problema específico, concreto ou imaginado (pergunta). E, segundo, que a produção normativa não ocorre por subsunção linear, do ápice (Norma fundamental) até a base (Norma de Decisão) do sistema jurídico, ou seja, mediante o estabelecimento da Norma inferior por mera dedução da superior. Ou seja, uma proposta de superação, de viés pós-positivista, deve considerar que a hermenêutica jurídica envolve, mais acertadamente, uma convergência de diversos padrões de julgamento, que dimanam de diversos ângulos de forma reciprocamente irradiante, para conformação de uma Norma (resposta) que resolverá o caso concreto (pergunta).

E, quanto à discricionariedade para resolução dos casos difíceis, a proposta juspositivista precisa ser aprimorada para reduzir ainda mais a margem de manobra do órgão aplicador e, assim, aumentar o grau de previsibilidade das Decisões jurisdicionais e, conseqüentemente, ampliar a taxa de satisfação da segurança jurídica, mas sem descuidar da legitimação moral.⁴⁷

Com efeito, a ideologia de base da teoria juspositivista da subsunção (também conhecida aplicação silogística) visava atender a uma das principais finalidades do Direito, consistente justamente no desenvolvimento de uma atividade decisória guiada pelas formas legais, de modo a preservar a segurança jurídica, na medida em que estabelece limites à atividade do juiz e, conseqüentemente, amplia a previsibilidade das conseqüências das condutas em sociedade. Ora, quanto menos opções tem o órgão aplicador, mais provável que o cidadão possa prever qual a escolha que será feita, incentivando a certeza do Direito.⁴⁸

A intenção juspositivista era de que o valor da segurança jurídica alcançasse elevados patamares de satisfação através da subsunção, na medida em que a autoridade judicante efetivamente resolveria todos os casos simples uniformemente (*easy cases* ou *clear cases*) e conseguiria dar a solução legal exata para os casos peculiares (*hard cases*), evitando

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8.ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009. p.335: “Esclarecendo melhor e para bem entender as críticas aqui lançadas, o positivismo pode ser traduzido pelos seguintes aspectos (suas teses centrais): a) que a existência (vigência e validade) do direito em uma dada sociedade depende das práticas dos membros dessa sociedade; são, pois, as fontes sociais do direito; b) que a validade de uma norma independe de sua ‘validade’ moral; trata-se, pois, da separação entre direito e moral (secularização); c) que as normas jurídicas de um ordenamento não ‘cobrem’ todas as hipóteses de aplicação; isto quer dizer que haverá ‘casos difíceis’ que não serão solucionáveis pelas normas jurídicas existentes; daí o recurso à discricionariedade, poder ‘delegado’ aos juizes (é neste ponto que o positivismo se liga umbilicalmente ao sujeito solipsista – *Selbstsüchtiger* – da modernidade)”.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p.40: “A subordinação dos juizes à lei tende a garantir um valor muito importante: a segurança do direito, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme a lei”.

soluções incongruentes entre si e que causassem surpresas aos envolvidos (soluções *ad hoc* ou criadas *ex post facto*), através de um método com feições mecanicistas.

Aliás, em geral, há um acordo entre juspositivistas e os pós-positivistas sérios quanto à importância da preservação do valor da certeza jurídica para o Direito, haja vista que a função principal do instituto reside justamente em estabelecer limites quanto às deliberações que são socialmente aceitáveis (e promover as louváveis) e, assim, gerar previsibilidade quanto às decorrências de uma atuação desviante ou virtuosa.

Sob esta ótica, acaso a técnica da subsunção tivesse atingido seu objetivo, ao longo do período em que permaneceu em ampla aceitação, poderia se afirmar que o Positivismo Jurídico teria efetivamente superado os problemas típicos da corrente anterior do Jusnaturalismo, a qual foi gradualmente sendo abandonada (apesar das resistências ainda eventualmente existentes) justamente por causa da sua baixa capacidade de controlar as decisões do órgão aplicador, acarretando constantes e severas quebras de expectativa na aplicação do Direito. Ou seja, se a teoria da Decisão Judicial juspositivista, calcada na subsunção, tivesse êxito histórico quanto aos seus aspectos empírico (descrevesse com alto grau de fidelidade a realidade fática) e deontológico (atingisse as finalidades a que se propõe, justamente a de efetivamente limitar a atividade decisória a contento), os pós-positivistas sérios pouco ou nada teriam a reclamar neste ponto específico.

Ora, nenhum pós-positivista que considere as características e funções típicas do Direito sustentaria uma maior liberdade decisória ao órgão aplicador, pois isto simplesmente atenta contra a própria razão originária dos institutos normativos, que reside justamente em limitar as deliberações, de modo a organizar a vida em Sociedade, em atenção ao valor da segurança jurídica, o qual justamente balizou as teorias contratualistas clássicas de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau (e, mais recentemente, com profundas modificações, John Rawls). Sem embargo, a ficção teórica da passagem do chamado estado de natureza para o societário, através da celebração do contrato social, representa a renúncia da amplíssima liberdade pessoal com vistas a obter, em troca, um grau superior de segurança social. E o Direito é justamente o instituto que tem esta importante função, de delimitar a amplitude de possibilidade das deliberações, com vistas a assegurar uma convivência harmônica, segundo tal clássica abordagem ideológica, ainda atualmente persistente (e que, aqui, não será objeto de aprofundamento específico, em razão da delimitação do referente de pesquisa).⁴⁹

Acaso a teoria jurídica conferisse maior liberdade ao órgão decisor, haveria um retrocesso ao modelo anterior jusnaturalista, em que as decisões eram tomadas mais livremente, ampliando as incertezas quanto aos resultados das condutas em sociedades. A origem do Juspositivismo está calcada justamente na necessidade de se ampliar os controles sobre a tomada de Decisão dos órgãos produtores do Direito, de modo a

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.513: "Note-se: se a história do direito é uma história de superação do poder arbitrário, então podemos afirmar que o que se procura enfrentar é o *locus* onde a decisão privilegiada acontece, o lugar onde a *decisão* ocorre. Nessa medida, a história do direito também é uma história de superação ou enfrentamento do problema da discricionariedade (arbitrariedade)".

permitir a sindicabilidade democrática das deliberações tomadas em nome e em prol da Sociedade.⁵⁰ Eventual descaso com o valor da segurança jurídica recomenda, ainda que não diretamente, a retroação do Direito às fases pretéritas de menor aperfeiçoamento técnico (tipicamente medieval), em que se atribuía aos detentores do poder (nas feições executivas, legislativas e judiciárias do soberano) a faculdade para livremente tomar, subjetivamente, as soluções que reputassem mais adequadas para reger as situações concretas, inclusive franqueando-lhes a possibilidade de solucionar os casos de acordo com as suas opiniões pessoais sobre o que é certo ou errado, conforme o que entendem subjetivamente por moralmente justo ou injusto ou, ainda, consoante sua percepção particular do que é economicamente viável ou inviável.⁵¹

O problema é que a operação mental de subsunção é um instituto que não espelha a realidade fática e, tampouco, atingiu suficientemente sua finalidade de limitar a atividade decisória do órgão aplicador, consoante já antes explicitado. Notadamente, não representa adequadamente a manifestação fática (aspecto empírico da Ciência) da atividade decisória e, como se verá adiante, não logrou atingir o grau de objetividade e certeza na aplicação do Direito (âmbito deontológico da Ciência).

Com efeito, os próprios juspositivistas foram os primeiros a encarar o problema da discricionariedade judicial (*judicial discretion*), confirmando que os métodos de interpretação cunhados pelo Paradigma do Positivismo Jurídico, apesar de seus esforços, ainda franqueiam uma larga margem para o exercício da livre atividade discricionária do órgão aplicador, nos chamados casos difíceis (*hard cases*), em razão da ambiguidade da linguagem (*open texture*) ou das eventuais lacunas e antinomias, consoante já se esclareceu exaustivamente acima. Diversos aspectos ligados às peculiaridades do movimento juspositivista impediram que os seus expoentes fossem além da moldura kelseniana (Normas como esquemas de interpretação) e, assim, conseguissem delimitar a amplitude de opções deixadas ao intérprete.

O resultado disso é que, hodiernamente, ainda persistem as críticas com relação às incertezas quanto aos resultados da atividade executiva e judiciária do Estado, no sentido de que o cidadão nem sempre consegue prever, ainda que obtenha a ajuda técnica de um bom profissional da área (um advogado ou consultor jurídico), quais serão as consequências de seus atos, para que possa alinhar sua conduta de acordo com o Direito (ou, ao menos, saiba os riscos dos comportamentos desviantes). Mais do que isto, a ampla liberdade interpretativa que a doutrina juspositivista concede aos juízes tem servido de pretexto para que se admitam respostas diversas por tribunais distintos,

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p.38: “[...] a liberdade do juiz de pôr normas extraindo-as do seu próprio senso da equidade ou da vida social pode dar lugar a arbitrariedades nos confrontos entre os cidadãos, enquanto que o legislador, pondo normas iguais para todos, representa um impedimento para a arbitrariedade do poder judiciário”.

⁵¹ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p.60-61: “Se o intérprete pode submete o direito a avaliações de conveniência, talvez seria melhor abandonarmos os ‘pretextos’ jurídicos e substituir o direito escrito pela elaboração de discursos teóricos apresentados por oradores especializados ou simplesmente pela escolha de pessoas sábias e honestas, encarregadas da resolução informal dos conflitos, tal como ocorria nas aldeais indígenas ou em cidades medievais e como ainda hoje se verifica em comunidades carentes”.

gerando severa ruptura na segurança jurídica. Neste cenário, a discricionariedade judicial vem disfarçada pela designação independência funcional, a qual certamente demanda uma nova configuração mais democrática. Ora, a referida expressão (independência funcional), normalmente atribuída aos profissionais da área do Direito (juízes, promotores e advogados), não significa independência quanto ao cumprimento da lei, haja vista que, em sede democrática, todos têm suas decisões submetidas à ordem jurídica, sob pena de descambar em discricionariedade ou mesmo arbitrariedade.

Logo, também no tocante à ampla margem de discricionariedade que confere ao intérprete, a proposição juspositivista precisa ser substituída (ou aprimorada), de modo a ampliar o atingimento dos valores de segurança jurídica e, concomitantemente, da democracia.⁵²

4 CONCLUSÕES

Fechadas as cinco críticas, que esclareceram os problemas referentes aos aspectos centrais do Juspositivismo, é preciso reconhecer que tal modelo representou um importante passo no desenvolvimento da Ciência Jurídica, cujos méritos precisam ser atribuídos a autores como Bentham, Austin, Kelsen, Hart e Bobbio, dentre outros. Todavia, uma vez constatadas anomalias (ou equívocos) na base teórica, justifica-se um esforço científico no sentido de implementar retificações ou promover aprimoramentos, ainda que, para tanto, seja necessário superar os elementos basilares do modelo vigente (ainda que parcialmente) e, conseqüentemente, propor as bases de uma nova matriz disciplinar.

Sem embargo, a crise do Paradigma do Positivismo Jurídico já foi admitida por Bobbio, apesar de ter se declarado expressamente vinculado às teses centrais de tal movimento. Em estudo publicado pela primeira vez em 1971,⁵³ o autor italiano chegou a admitir a decadência do modelo, mormente em face da emergência de outras Fontes Jurídicas além do Texto Legislativo, que condicionam as decisões tomadas no cenário capitalista contemporâneo, caracterizado por rápidas, intensas e conflituosas transformações em escala global⁵⁴. Segundo ele, a obra de Kelsen pode ser considerada como “o clímax do movimento juspositivista, depois do que começa sua decadência, isto é (sem metáfora), sua crise”.⁵⁵

Nessa linha de pensamento, muito embora o Positivismo Jurídico tenha representado um avanço com relação ao Paradigma anterior do Jusnaturalismo, os seus elementos

⁵² DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p.248: “A resposta juspositivista quase nunca oferece ao aplicador uma solução imediata e definitiva do caso, pois costuma enumerar várias alternativas decisórias, cabendo ao aplicador escolher. Isso não é admitido pelos moralistas que se referem à resposta certa no sentido de escolha da melhor solução para o caso concreto”.

⁵³ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: Novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007. p.XV: “Il diritto [O direito], in *Le scienze umane in Italia, oggi*, Il Mulino, Bolonha, 1971, p.259-77”.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: Novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007. p.41: “Um dos aspectos pelo qual se manifesta a crise do positivismo jurídico é a crescente consciência da emergência de outras fontes do direito, que minam o monopólio da produção jurídica detido pela lei – em uma sociedade em rápida transformação e intensamente conflituosa, como é a sociedade capitalista na atual fase de desenvolvimento”.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p.198.

basilares se encontram atualmente em desuso ou sob severas críticas, franqueando a ilação de que se desvela a crise do modelo.

Isto porque a Comunidade Jurídica se encontra diante de problemas que não encontram solução satisfatória dentro do Paradigma juspositivista, até então predominante. Sem embargo, as Regras positivadas não apresentam respostas adequadas aos casos que vêm se apresentando perante a jurisdição, forçando os juízes a se socorrerem de Princípios, de políticas, de soluções pragmáticas ou de outros padrões de julgamento, isolada ou cumulativamente, para os resolverem. De outro lado, a Moral vem quebrando as barreiras que ficticiamente a separavam do Direito positivo e, assim, influenciando abertamente o conteúdo do Ordenamento Jurídico. Também a simples subsunção dos fatos à Norma positiva, como forma de aplicação do Direito proposta pelos juspositivistas, não responde mais à complexidade dos problemas surgidos nos meios acadêmicos e forenses. Todas estas anomalias demonstram a crise do Juspositivismo e, conseqüentemente, reclamam a sua substituição por uma nova matriz disciplinar, que possa responder a estas e outras perplexidades e, assim, reger a Ciência Jurídica por um relevante espaço de tempo, ao menos até eventual nova ruptura científica.⁵⁶

A instalação da crise na teoria do Direito acarreta o processo de revolução científica, nos moldes propostos por Kuhn, caracterizado pela substituição gradual dos principais postulados do modelo teórico do Juspositivismo, que já não mais oferece respostas adequadas aos problemas sociais, mormente em decorrência do acentuamento da complexidade nas relações intersubjetivas, da ampliação da interdisciplinaridade e da progressão da reflexividade transnacional.

Os juristas que apregoam a necessidade de ruptura paradigmática, alcunhados de pós-positivistas, têm apresentado severas objeções aos elementos centrais das teorias dos referidos autores, em um esforço de revisão da teoria do Direito em suas quatro plataformas constitutivas, consistentes nas teorias das Fontes, da Norma, do Ordenamento e da Decisão Judicial.

Embora uma nova matriz disciplinar comum ainda não se tenha estabelecido firmemente perante a Comunidade Jurídica, verifica-se a proposição de diversas alternativas para o devir da Ciência do Direito, de perfis procedimentalista, substancialista ou pragmatista, com aspectos discrepantes das bases positivistas antes predominantes. Outrossim, o objetivo principal das propostas de superação é justamente articular um novo complexo de bases teóricas que permitam o salto paradigmático do modelo juspositivista atual para outro que, simultaneamente, seja descritivamente mais fiel à realidade concreta, esteja prescritivamente melhor concatenado com a democracia cosmopolita e, sobretudo, não implique regressão ao antigo e superado modelo jusnaturalista.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.60: "Das teorias do discurso à fenomenologia hermenêutica, passando pelas teorias realistas (que deslocam o polo da tensão interpretativa na direção do intérprete), os últimos cinquenta anos viram florescer teses que tinham objetivos comuns no campo jurídico: superar o modelo de regras, resolver o problema da incompletude das regras, refundar a relação 'direito-moral', solucionar os 'casos difíceis' (não 'abarcados' pelas regras) e a (in)efetividade dos textos constitucionais (compromissórios e dirigentes)".

Com tal desiderato, partindo da análise crítica acima deduzida, é preciso estruturar uma nova teoria do Direito, de viés pós-positivista, que, dentre outras coisas, primeiro, considere a inegável influência de diversos outros padrões de julgamento, além das Regras positivas, na produção normativa; segundo, proponha uma dinâmica multidirecional, reflexiva e complexa da interpretação jurídica; e, terceiro, contemple o tema da legitimidade moral das Normas Jurídicas, como questão inerente e intrínseca ao direito.

Em síntese, estas colocações sobre o tema demonstram a crise do Positivismo Jurídico e, conseqüentemente, a necessidade da construção de um novo Paradigma, cujas bases, aliás, já vêm se formando nos contextos acadêmico e forense, sob a designação coletiva de Pós-positivismo.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. On the concept and the nature of law. *Ratio Juris*, Oxford, v.21, n.3, p.281-299, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.
- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 4.ed. São Paulo: RT, 2011.
- _____. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2.ed. São Paulo: Landy, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. *O império do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.
- HART, H. L. A. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- _____. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.
- _____. *Teoria pura do direito*. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2009.
- MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 3.ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

NEVES, António Castanheira. *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. V 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 12.ed. rev. São Paulo: Conceito, 2011.

POSNER, Richard Allen. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Crise de paradigmas: devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz*. Disponível em: <www.leniostreck.com.br. Acesso em: 12 abril 2011.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8.ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009.

_____. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. Porto Alegre: Do Advogado, 2010.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 9.ed. Madrid: Trotta, 2009.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. A centralidade material da constituição. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n.95, 2011. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br. Acesso em: 01.12.2011.

_____. Direitos humanos e moral: os valores morais nas fases de positivação e de aplicação dos direitos humanos. *Sequência*, Florianópolis. n.60, p.109-132, 2010.