

A (RE) ESTRUTURAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: NOVAS ROUPAGENS PARA UMA ANTIGA TEMÁTICA OU SUPERAÇÃO DE SUAS TESES PELO VIÉS PRINCIPIOLÓGICO?²

Quer se dizer atualmente que os modelos contemporâneos de Teoria do Direito incorporam definições inovadoras para sua compreensão, visto as mudanças ocorridas nas últimas décadas, principalmente, quanto às questões interpretativas. Relacionam-se nessas, as teorias pós-positivistas, marco principal para o constitucionalismo, instituto que permeia os debates jurídicos mais atuais. Estas novas formulações se definem como superação dos modelos anteriores dentre elas a corrente teórica do Positivismo Jurídico.

O positivismo jurídico constituirá suas primeiras formas de manifestação a partir do movimento de codificação do direito, onde há uma separação de um dualismo existente entre o direito positivo e direito natural (BONAVIDES, 1980). Em uma fase pós-Revolução francesa o Estado Liberal ínsita a construção de um positivismo jurídico mais legalista de aplicação mecânica da lei. Tem-se a primeira versão do positivismo jurídico influenciado pela Escola da Exegese na França que debatia em torno da literalidade dos textos legais em que a atividade do intérprete seria de isolar o fato e identificar a norma jurídica a ele aplicável (REALE, 1999).

Essa concepção é vista no direito contemporâneo como sendo a única manifestação positivista, pois, as críticas recorrem quase que frequentemente a essa fase histórica. É fácil entender, então, que todas as teorias posteriores a esse modelo certamente estariam avançadas, enfatizando a ideia de que essa forma de aplicação mecânica do qual era chamado como subsunção, retirando a interpretação do julgador, não poderia ser aplicado de forma absoluta frente às novas concepções do direito. Tais críticas consideram ainda uma versão do juiz positivista como aquele ingênuo “juiz boca da lei”, como se a atividade de interpretação e criação do direito não estivessem presentes em algumas versões positivistas.

Com a análise de questões positivistas apenas de um viés, desconsidera-se as abordagens analíticas que trouxeram compreensões diversas até mesmo para as análises interpretativas do direito. Para esses rumos de concepção jurídica situa-se como influência decisiva no pensamento jurídico a Escola Analítica, na Inglaterra (ROSS, 2000),

¹ Acadêmica do curso de Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, e-mail: carlaluana.schulz@hotmail.com.

² Projeto de pesquisa para Dissertação apresentado à seleção de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito- UNISC.

sendo que o objetivo do positivismo, nesse período, representado por lendários autores como Hans Kelsen e Herbert Hart, é tornar a ciência do direito uma ciência autônoma de explicações racionais para seu objeto de estudo, dentro de seu próprio sistema normativo, incluindo os métodos interpretativos e assumindo uma posição descritiva na análise de um conjunto de regras.

Como relacionado, as críticas ao positivismo jurídico são notadamente realizadas pelas construções teóricas posteriores, do pós-positivismo. Norteados pela teoria crítica surgida como responsável de desfazer as ilusões positivistas, a teoria pós-positivista objetivou um conjunto de ideias difusas que ultrapassaram o legalismo do positivismo ou mesmo a insubordinação ao subjetivismo do jusnaturalismo, tendo como ponto característico a ascensão de valores, o reconhecimento de princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais (BARROSO, 2001).

Posicionando-se como críticos ao positivismo jurídico, os defensores dessa nova visão irão afirmar a decadência do mesmo por constituir-se uma teoria para autoritarismos variados através de seu legalismo, onde sua derrota é associada no fascismo na Itália e no nazismo na Alemanha, institutos que se constituíram de poder dentro da legalidade e provocaram inúmeras barbáries. Na mesma medida sofre críticas em relação a interpretação do direito onde por buscar a objetividade, afirma-se que o positivismo equiparou o direito a lei afastando-se de outras questões influentes, como a moral, por exemplo (BARROSO, 2001),

De acordo com essas formulações afirmam uma possível “morte” do positivismo sem levar em consideração que para chegar às atuais construções teóricas não abandonaram, nem teria o porquê de abandonar conceitos de validade, escalonamento normativo, legitimidade do órgão competente, interação do sistema de regras (agora agregando princípios), solução em caso de conflito de regras, tratados pelo positivismo analítico. Tavares (2008) explana que os opositores do positivismo jurídico refletem que pelo fato das Constituições contemporâneas manterem a presença de princípios implicadores de argumentação moral se tornaria inviável a sustentação da tese da separação entre direito e moral, considerado por eles, pilar central da teoria positivista.

Vê-se que para os positivistas, com a concepção do direito como ciência autônoma de validade pelo seu próprio ordenamento jurídico, o direito existirá como válido independente de outros ramos, havendo uma identificação jurídica do mesmo, sendo que como afirma Kelsen (1984) em um sistema jurídico haverá vários sistemas morais de forma relativa e isto não poderá condicionar o direito em seu conceito, sendo que, a

política, embora ter relação de dependência também poderá ser conceituada como instituto próprio.

Os pós-positivistas afirmam uma Constituição dotada de supremacia incorporando em seu texto inúmeros temas do ramo infraconstitucional do direito irradiando seu conteúdo material e axiológico com força normativa e, condicionando a validade e o sentido de todas as normas infraconstitucionais (BARROSO, 2001). Comparando com as perspectivas positivistas se verifica que, construindo o critério de validade de um ordenamento jurídico os mesmos já afirmavam a Constituição como topo do ordenamento intranormativo (mas não como critério de validade, haja vista que algo necessita legitimar a existência de uma norma jurídica, ainda que seja de ordem fundamental como é a Constituição) irradiando sua condição de validade para as normas do sistema (BARZOTTO, 2007).

Em um sistema jurídico, visto como piramidal, as normas estariam dispostas entre si de um escalão superior para inferior onde uma norma que fosse produzida ou interpretada deveria seguir os padrões exigidos pela norma de escalão superior (BARZOTTO, 2007), além de ser emanada por órgão competente e procedimento adequado. No topo desse ordenamento os positivistas indicarão a presença de uma “norma” suprema legitimadora. Essa norma será abarcada de modos diferentes pelos mesmos, sendo, por exemplo, para Kelsen (1984) a Norma Fundamental e para Hart (1994) sua regra secundária de reconhecimento. Dessa análise, pergunta-se se atualmente não se deve direcionar a questionar o que fundamenta nossa Constituição? Ainda hoje, necessita-se de uma fonte legitimadora do direito, algo que justifique a sua legitimidade e cumprimento.

Com o objeto de estudo focado as normas postas criadas através de fatos sociais, o direito, enquanto ato de vontade, pode ser observado e legitimado pela sua própria produção jurídica configurando-se uma ciência do direito autônoma com fundamentação em si mesmo. Disso tem-se que nos casos tidos como “limítrofes” se debate as questões jurídicas conectadas com os debates políticos, morais, éticos, como ocorre nos conteúdos de direitos humanos e fundamentais. Contudo, poucas questões nesse sentido serão observadas em normas meramente processuais, ou em regras de trânsito, de tributação, ou legislações procedimentais. O direito enquanto ciência autônoma continua comportando normas de conteúdo moral, amoral e mesmo imoral, sem que isso lhe retire sua validade.

Ainda, em tempos de pós-positivismo afirma-se uma substituição da subsunção pela ponderação, afirmação temerosa de se sustentar, pois é imaginar que o direito poderia abandonar os silogismos tanto teóricos como normativos, onde se sabe que todo

raciocínio lógico, busca o estabelecimento de premissas. Mesmo para chegar aos direitos ou princípios conflitantes para se falar em ponderação, utilizaremos silogismos. Ainda, depois de realizar a ponderação, novamente se buscará silogismo para aplicação ao caso concreto. Assim, o pós-positivismo traz a ponderação para acrescer aos métodos de interpretação já presentes no positivismo, agregando-se mas não substituindo.

Mesmo posturas jusmoralistas, a exemplo de Dworkin (2007) e tantos outros não tratam de negar a existência do direito posto ou afastá-lo de plano, mas sim de interpretá-lo a luz de outros preceitos. Tal situação em nenhum momento poderá configurar um abandono do positivismo jurídico analítico, que, como abordado, se preocupou sim com tais preceitos. Sendo assim, por si só, a moral não tem força para desconsiderar o direito posto, quando um juiz toma tal postura e sua decisão é obrigatória, é porque justamente há um reconhecimento da legitimidade do órgão que a decidiu, reforçando mais uma vez um preceito positivista. Nesse sentido, entendeu-se que muitas outras correntes avançaram em relação ao estudo do direito e da moral, mas mesmo esses, não abandonaram a autonomia do direito.

O pós-positivismo alega neste sentido, que a distinção entre direito e moral não irá se sustentar frente aos novos parâmetros de direitos, com a inclusão de princípios no ordenamento jurídico, pela incapacidade de entender seu papel. Segundo Dimoulis (2006) nas obras positivistas não há a vinculação dos autores a postura negativa em relação aos princípios, com exceção de Kelsen que reconhece o caráter juridicamente vinculante dos princípios abstratos incorporados em textos juridicamente válidos, mas, no entanto aponta riscos de abuso institucional (e de comprometimento da separação de poderes e da democracia) caso os juízes constitucionais decidam substituir a escolha subjetiva do legislador por sua própria, situando-se fora de sua competência, o que não deixa de ser coerente.

No âmbito de relacionamento de princípios volta-se novamente, a consideração aos meios interpretativos para os positivistas, onde não negaram a conexão entre criação e aplicação do direito e as influências de valores, contudo perguntarão quem pode ou não decidir em cada caso e quais são os limites de seu poder (DIMOULIS, 2006). Na seara interpretativa será realizado uma reflexão do poder discricionário de quem os concretiza, podendo escolher dentre as possíveis alternativas de interpretações aquela que considerar melhor, tendo, como exemplo a moldura constitucional de Kelsen (1984) ou da textura aberta de Hart (1994). O positivismo de Kelsen, nunca negou a existência de um espaço interpretativo e, que a função judicial nesse sentido era de criar uma norma ao caso concreto. Desse modo, quando as correntes do chamado pós-positivismo identificam

como atual o problema da interpretação do direito, referindo-se que no positivismo jurídico o juiz era boca da lei, note-se que tal crítica parece ser direcionada ao positivismo legalista da escola francesa e não a obras como Kelsen e Hart.

É importante salientar que a constituição de formulações do positivismo legalista tornou-se melhor abordada e construída no seu percurso teórico a partir da preocupação descritiva do direito pelo positivismo analítico. A partir de seus estudos viu-se que o próprio positivismo, dito como analítico, continha a preocupação com as variáveis e infinitas possibilidades da linguagem, dos casos em que haveria “zona de penumbra” nos termos de Hart (1994), ou mesmo na versão de Kelsen (1984) que admitia o juiz como criador do Direito. É fato, que na atividade interpretativa do Juiz, nem Kelsen e nem Hart recorrem aos princípios em seus sistemas normativos, mas os mesmos admitiam que nesses casos o papel do Juiz (Tribunais) seria imprescindível, dizendo o direito através de sua atividade interpretativa.

Neste momento também pode-se observar que os juízes nessa aplicação poderiam ser influenciados pelos costumes, ou mesmos pela moral, o fato é que a legitimidade e a validade de sua decisão, não dependeriam de sua proximidade com tais valores (DIMOULIS, 2006). Em tempos contemporâneos muito se discute a necessidade de decisões voltadas à otimização dos princípios, dos valores da ordem constitucional, de concretização dos direitos fundamentais, mas a obrigatoriedade e a força vinculante de uma decisão judicial continuam tendo sua legitimidade, validade, obrigatoriedade determinada pelo poder competente que a emanou.

De todo o analisado muito foi à contribuição positivista que ainda se encontra enraizada na sociedade. Indaga-se então se houve efetivamente uma superação das premissas positivistas pelas correntes pós-positivistas sendo que o mesmo formulou significativas contribuições à teoria do direito. Vê-se a possibilidade de estar se tratando apenas de uma reestruturação das premissas positivistas no constitucionalismo contemporâneo e será este o objetivo que o trabalho irá se debruçar ao averiguar a partir de todo o exposto se pode-se falar em uma possível incompatibilidade entre a teoria positivista e os novos rumos do direito.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência*. Salvador: Revista eletrônica de direito do Estado (REDE), 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 29 de maio de 2015.

- BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Salvador : Revista Diário Jurídico, 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 29 de maio de 2015.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Edipro: São Paulo, 2000.
- TAVARES, Rodrigo. Neopositivismos: novas ideias sobre uma antiga tese In: DIMOLUIS, D. ; DUARTE, E. O. (Org.). *Teoria do direito neoconstitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2008, p. 393- p.407.