

## **O Direito Natural, o Direito Positivo e o Positivismo Jurídico: de como se decide no Brasil**

Natural Law, Positive Law and Legal Positivism: how it is decided in Brazil

**Bruno Cozza Saraiva<sup>1</sup>**

*Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria (Itália)*

**Sumário:** Introdução. 1. O Positivismo Jurídico como construção histórica: de como tudo começou. 2. As Escolas do Direito: a tradição alemã, francesa, inglesa e o Positivismo Normativista Kelseniano. 3. A superação do Positivismo no Brasil: rumo à discricionariedade. Conclusão. Referências.

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo discorrer acerca da contraposição entre direito natural e direito positivo, assim como discutir, brevemente, a formação-construção do positivismo jurídico nas tradições alemã, francesa e inglesa e as suas relações com as Escolas Histórica, da Exegese e da Common Law. Além disso, analisar-se-á, neste estudo, o Positivismo Normativista Kelseniano, enfatizando que, na medida em que se discute o positivismo jurídico no Brasil, e a discricionariedade judicial, se evidencia a recepção equivocada de teorias jurídicas estrangeiras. Para isso, será utilizada uma metodologia de abordagem fenomenológico-hermenêutica, métodos de procedimento histórico e monográfico, juntamente com a técnica de pesquisa por documentação indireta.

**Palavras-chave:** Direito Positivo, Direito Natural, Positivismo Jurídico, Discricionariedade e Constituição.

**Abstract:** This paper aims to discuss the contrast between natural law and positive law, as well as to briefly discuss the formation-construction of legal positivism in the German, French and English traditions and their relations with the Historical, Exegese and Portuguese Schools. Common Law. In addition, this study will analyze the Kelsenian Normativist Positivism, emphasizing that, as legal positivism in Brazil is discussed, and judicial discretion, the mistaken reception of foreign legal theories is evident. For this, a phenomenological-hermeneutic approach methodology, methods of historical and monographic procedure will be used, together with the technique of research by indirect documentation.

**Keywords:** Positive Law, Natural Law, Legal Positivism, Discretion and Constitution.

---

<sup>1</sup> Professor do Mestrado Internacional em Direito Privado Europeu da Università Mediterranea di Reggio Calabria. Realiza estágio pós-doutoral em Novas Tecnologias e Direito, com bolsa da própria instituição, no MICHHR (Mediterranea International Centre for Human Rights Research) da Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria - Itália. Assistente universitário no MICHHR (Mediterranea International Centre for Human Rights Research) da Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria - Itália. Doutor em Direito Público (Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos) na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, com estágio na Università Degli Studi Firenze, UNIFI, Itália. Mestre em Direito Público (Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos) na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS. Pós-graduado em Direito Penal Econômico Aplicado pela Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul - ESMAFE. Advogado.

## Introdução

A discussão acerca da compreensão histórica do Positivismo jurídico remete, fundamentalmente, à importância dos traços característicos que fundaram uma tradição. Inicialmente, a contraposição entre direito positivo e direito natural (jusnaturalismo) demarcou os primórdios de um debate que, posteriormente, edificou o pensamento jurídico ocidental. A partir dessa diferenciação, é que fora possibilitado o esclarecimento e, por consequência, uma proximidade conceitual (primitiva) daquilo que, por definição, poderia ser Positivismo Jurídico.

Em consequência disso, tratar-se-á no presente artigo, especificamente, acerca do Positivismo Jurídico na Alemanha, na França e na Inglaterra e do Positivismo Normativista Kelseniano, de modo a estabelecer uma breve compreensão de como tudo começou, ou seja, de como o pensamento alemão, francês, inglês e Kelseniano influenciara no surgimento das codificações e, sobretudo, do Positivismo Jurídico e Normativista. Por isso, analisar a Escola Histórica, a Escola da Exegese, as características da Common Law e também a Teoria Kelseniana torna-se imprescindível para o delineamento – histórico – dos referenciais e, principalmente, das influências que consubstanciam, ainda, a tradição jurídica do Ocidente e, sobretudo, o modo pelo qual ainda se decide.

Por fim, analisar-se-á a compreensão equivocada de positivismo jurídico no Brasil, bem como explicitar-se-á, com vistas à demonstrar a problemática referente à interpretação realizada através de uma mixagem teórica (recepção descontextualizada de teorias jurídicas alienígenas) que, a partir dos métodos de interpretação (discricionariedade) estabelecidos pelas velhas correntes, a comunidade jurídica brasileira ainda busca “desvendar” o novo paradigma jurídico (com os olhos do velho) representado pela Constituição de 1988.

No intuito de se atender aos objetivos acima apresentados, será utilizada uma metodologia de abordagem fenomenológico-hermenêutica (pois se compreende que a determinação do direito, ao invés de mero ato passivo de subsunção, é um ato criativo que implica o próprio sujeito), métodos de procedimento histórico (uma vez que consiste na investigação dos acontecimentos, processos e instituições do passado, com o intuito de verificar a sua influência na sociedade contemporânea) e monográfico (trata-se de um tema específico e bem delimitado), aliados à técnica de pesquisa por documentação indireta.

### **1. O Positivismo Jurídico como construção histórica: de como tudo começou**

Pensar e compreender a construção histórica do Positivismo Jurídico<sup>2</sup> e, consequentemente, o porquê dessa expressão não derivar do Positivismo entendido como corrente filosófica é, sobretudo, de fulcral importância para se estabelecer as bases originárias de toda uma tradição. No século XIX ocorrera, fundamentalmente, uma ligação no que diz respeito às origens do Positivismo Jurídico e do Positivismo. A confusão estabelecida, se remetia à versatilidade dos positivistas em estudar ambas as correntes. No entanto, a necessidade dessa distinção foi, à medida em que se contrapôs direito positivo à direito natural, imprescindível para a compreensão daquilo que se personificou como pensamento jurídico ocidental. “A expressão ‘positivismo jurídico’ deriva da locução *direito positivo* contraposta

---

<sup>2</sup> O que será “isto”, o “positivismo jurídico”? Trata-se de uma das indagações mais relevantes a se fazer na área do direito. Tão importante que, fôssemos médicos, estaríamos falando do funcionamento do coração. Pois o positivismo é, por assim dizer, queiramos ou não, o “coração do direito” (no mínimo no tocante ao estudo da complexidade do fenômeno). O que quero dizer é que há algo na teoria do direito (e na sua operacionalidade) que, historicamente, tem sido a sua condição de possibilidade. Em síntese, é “onde tudo começou”. STRECK, L. O (pos-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, 7, 2010 p. 16-17.

àquela de *direito natural*. Para compreender o significado do positivismo jurídico, portanto, é necessário esclarecer o sentido da expressão *direito positivo*<sup>3</sup>”.

Dessa forma, o traço característico da distinção entre direito positivo e direito natural<sup>4</sup> visualiza-se por meio da natureza da linguagem, pois, essa mesma linguagem, tem o condão de problematizar aquilo que é por natureza definido e, da mesma forma, aquilo que humanamente se estabeleceu. “O problema que se põe pela linguagem, isto é, se algo é ‘natural’ ou ‘convencional’, põe-se analogamente para o direito<sup>5</sup>”.

O Direito Natural é “o Direito registrado por Deus na natureza humana. Este é o pressuposto, metafísico-teológico, sem o qual não é possível uma Teoria do Direito Natural e do qual a Teoria depende<sup>6</sup>”. Dito de outra forma, o Direito Natural é definido como aquele em que as normas devem coincidir com a vontade divina, ou seja, aquele direito que é a vontade de Deus, uma vez que somente “Ele” “sabe o que é bom e mau, quer Ele que o bom deve ser e o mau não deva ser; como já se manifesta o conhecimento no mito da árvore (Gênesis 3)<sup>7</sup>”.

Assim, pode-se dizer que “são naturais as coisas que em todos os lugares têm a mesma força e não dependem de as aceitarmos ou não, e é legal aquilo que a princípio pode ser determinado indiferentemente de uma maneira ou de outra, mas depois de determinado já não é indiferente<sup>8</sup>”. Neste sentido, é que se fala em Direito Natural, é dizer, normas que independem de aceitação, mas que, substancialmente, estão presentes em todos os lugares.

Com isso, há, para Aristóteles, critérios pontuais que estabelecem a distinção entre direito positivo e direito natural. Por isso, ao caracterizar direito natural enfatizara, necessariamente, que o mesmo estaria presente em toda a parte, isto é, em contraposição ao direito positivo, cuja existência, historicamente, se faz dependente de uma determinada comunidade politicamente definida. Em consequência disso, o direito positivo consubstancia-se a partir de ações impostas pela Lei, exercitando-se, paralelamente, nos limites e no modo por ela determinados.

Por isso, a ideia de positivismo jurídico explicita, indeclinavelmente, uma concepção científica que, sobremaneira, se refere a fatos mensuráveis extraídos via interpretação da realidade. No âmbito do direito e para que essa interpretação se relacionasse à certa cientificidade, se buscou, em que pese o jusnaturalismo e a defesa de um estado de natureza, transformar os fatos da realidade em produto de um parlamento. Foi, dessa forma, que se consubstanciou a virada positivista: primeiramente, uma criação parlamentar como representação das leis, “mais especificamente, num determinado tipo de lei: os Códigos. É preciso destacar que esse legalismo apresenta notas distintas, na medida em que se olha esse fenômeno numa determinada tradição jurídica [...]”<sup>9</sup>.

À essa construção histórica somou-se a denominação romana para se referir à distinção entre direito natural e direito positivo. Para os romanos, inicialmente, a controvérsia atrelou-se à diferenciação entre jus naturale, jus gentium e jus civile. Necessariamente, o jus gentium e o jus civile corresponderam,

---

<sup>3</sup> BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, Ícone, 2006, p. 15.

<sup>4</sup> Encontramos um reflexo desse estado de coisas na concepção dos jusnaturalista que admitiam a existência de um estado de natureza, isto é, uma sociedade em que existiam apenas relações intersubjetivas entre os homens, sem um poder político organizado. Nesse estado, que teria precedido a instauração da sociedade política (ou Estado), admitiam a existência de um direito que era, exatamente, o direito natural. *Ibidem*, p. 29.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>6</sup> KELSEN, H. *Teoria Geral das Normas*, SAFE, 1986, p. 08.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 09.

<sup>8</sup> SÓFOCLES. *Antígona*. Introdução, versão do grego e notas Maria Helena da Rocha Pereira, UnB, 1997, p. 45.

<sup>9</sup> STRECK, L. O (pos-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, 7, 2010 p. 16-17.

respectivamente, àquilo que se entende por direito natural e por direito positivo. Segundo a tradição romana, o primeiro identificava-se por representar a *naturalis ratio*, enquanto o segundo, caracterizava-se por ser a representação do *populus*. Em decorrência disso, fora estabelecido que o direito positivo advinha de um povo. Já o direito natural, identificado por uma *naturalis ratio*, explicitava-se a partir da inexistência de limite-mensuração, da vinculação à imutabilidade (aspecto temporal) e da percepção estagnada<sup>10</sup> de direito.

Ocorrerá, também, a distinção acerca de direito natural e direito positivo realizada pelo pensamento medieval. “[...] O primeiro uso da fórmula *jus positivum* se encontra num filósofo medieval, em fins do século XI, e precisamente, em Abelardo (segundo investigações anteriores de Kantarowicz, ao contrário, acreditava-se que o primeiro uso de tal termo adviesse de Damaso, no século XII; e é provável que pesquisas mais acuradas permitissem remontar tal uso ainda anteriormente a Abelardo)<sup>11</sup>”. Nessa quadra da história, o direito positivo era compreendido como algo construído pelo homem. Por outro lado, a definição atribuída ao direito natural era diversa, pois esse direito não era produzido pelo homem, mas sim por algo que transcendia ao próprio homem, considerando, assim, a própria natureza ou, melhor, o próprio Deus como criador<sup>12</sup> de um direito.

De acordo com essa distinção e com base na denominação construída a partir do pensamento filosófico de Santo Tomás, o direito positivo denominava-se de “*lex humana*” e o direito natural, enquanto concepção divina, de “*lex naturalis*”. Essa diferenciação – humana e *naturalis* – se dava em função de que, para o autor, tanto a *lex divina* quanto a *lex naturalis* eram positivas. A lei positiva, segundo Santo Tomás, derivava, em determinadas situações, da lei natural. Dito de outro modo, há essa derivação, para ele, quando a lei humana estiver consubstanciada em pressupostos ditados pela lei natural. Por outro lado, quando se tratava da lei natural e da sua completa abstrativização, cabia ao direito positivo estabelecer como deveria, na prática, aplicar a lei<sup>13</sup>.

Na concepção jusnaturalista de direito, juntamente com a definição de Hugo Grócio, fora estabelecida, no que se refere à terminologia direito positivo e direito natural, a conceituação moderna de maior relevância. Para Grócio o direito natural (*jus naturale*) era aquele determinado por Deus, pois, de acordo com esse filósofo, a natureza possuía um criador, atribuindo a esse criador uma origem divina. No entanto, o direito positivo (*jus voluntarium*), cuja origem adveio da busca por uma unidade comum, encontrara, no direito civil, como representação da vontade derivada de um poder, a associação entre Estado e homens livres. Além

---

<sup>10</sup> Enquanto, pois, o direito natural permanece imutável no tempo, a positivo muda (assim como no espaço) também no tempo, uma norma pode ser anulada ou mudada seja por costume (costume ab-rogativo) seja por efeito de uma outra lei. BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, Ícone, 2006, p. 18.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>12</sup> Essa distinção entre direito natural e direito positivo se encontra em todos os escritores medievais: teólogos, filósofos, canonistas. Na *Summa theologiae* (I, a II. ae, q. 90) de Santo Tomás, por exemplo, há uma extensíssima dissertação relativa aos diferentes tipos de lei. O autor distingue quatro, a saber: a “*lex aeterna*”, a *lex naturalis*, a *lex humana* e a “*lex divina*”. *Ibidem*, p. 19-20.

<sup>13</sup> A *lex humana*, continua ele, deriva da natural por obra do legislador que a põe e a faz valor, mas tal derivação pode ocorrer segundo dois diferentes modos, ou seja, per *conclusionem* ou per *determinationem*. A) Tem-se derivação por *conclusionem* quando a lei positiva deriva daquela natural segundo um processo lógico necessário (como se fosse a conclusão de um silogismo): por exemplo, a norma positiva impeditiva do falso testemunho deduz-se da lei natural segundo a qual é preciso dizer a verdade; B) tem-se a derivação per *determinationem* quando a lei natural é muito geral (e genérica), correspondendo ao direito positivo determinar o modo concreto segundo o qual essa lei deva ser aplicada: por exemplo, a lei natural estabelece que os delitos devem ser punidos, mas a determinação da medida e do modo da punição é feita pela lei humana. É essencialmente em relação a esta segunda categoria que Santo Tomás afirma ter a lei humana vigor apenas por força do legislador que a põe (“*vigorem legis ex sola lege humana*”). *Ibidem*, p. 20.

disso, para Grócio, o Estado seria apenas uma das formas possíveis para se instituir o direito voluntário, ou seja, segundo ele, a família, como direito familiar ou paterno e a comunidade internacional, compreendida como direito de regulação dos Estados e dos povos, representavam, assim como o Estado, instituições que poderiam estabelecer<sup>14</sup> o direito positivo.

Portanto, a distinção entre Direito Natural e Direito Positivo, especificamente no final do século XVIII, determinara o nascedouro do Positivismo Jurídico. "Chama-se direito natural o conjunto de todas as leis, que por meio da razão fizeram-se conhecer tanto pela natureza, quanto por aquelas coisas que a natureza humana requer como condições e meios de consecução dos próprios objetivos [...]"<sup>15</sup> Diametralmente oposto ao direito natural, o direito positivo se fez representar pelo conjunto legal produzido, fundamentalmente, a partir da declaração de vontade do legislador. E foi assim, ao falar-se em definição, que surgira, ao mesmo tempo, a principal diferença entre ambas as correntes: direito natural é aquilo que, aprioristicamente, já se encontra estabelecido (dado), enquanto que direito positivo necessita, imprescindivelmente, de uma decisão advinda, sobretudo, do legislativo.

Os pressupostos históricos que condicionaram o nascimento do positivismo jurídico, em meio à discussão entre direito positivo e direito natural, proporcionaram a desconsideração de direito natural como direito em sentido próprio. Por isso, se passou a considerar, a partir desse cenário, o termo direito como direito positivo, ou seja, no final do século XVIII, ocorrera, com o surgimento do positivismo jurídico, a substituição e, por consequência, a redução de todo o direito a direito positivo. Dessa maneira, analisar a passagem da concepção jusnaturalista para a positivista remete também à compreensão do Estado enquanto construção moderna e como marco sucessório daquilo que se entendia por medievo.

As características que perfilaram a sociedade medieval condicionaram a produção jurídica à pluralidade e à descentralização como representações desse modelo social. Por outro lado e em contraposição a esse modo de regulação, o surgimento do Estado moderno, construído a partir da ideia de unidade e de concentração de poderes, identificou-se por meio do controle-monopólio da produção jurídica. No entanto, inicialmente, coube à sociedade a produção do direito, pois, o Estado, ainda primitivo, atribuiu ao juiz a resolução das controvérsias surgidas socialmente. Neste sentido, em razão da função exercida pelo juiz juntamente com a sua importância em relação às modificações-transformações que se sucederam, direito não-estatal e direito estatal, se tornou possível vislumbrar a diferença entre a tradição dualista de direito (positivo e natural) e a tradição monista (direito positivo).

Ademais, anteriormente à formação do Estado moderno, o juiz, enquanto responsável pela resolução das problemáticas advindas da sociedade, possuía certa liberdade no que tange à escolha da norma necessária para resolver a situação apresentada. Com isso, estava à sua disposição, para dirimir os conflitos, as regras costumeiras, bem como aquelas elaboradas pelos juristas. Ao mesmo tempo, somou-se a isso, ou seja, como mecanismo de escolha do juiz, critérios meramente equitativos que eram extraídos, sobretudo, dos princípios de direito natural.

---

<sup>14</sup> Observamos, porém, que segundo Grócio o Estado é apenas uma das três instituições que podem pôr o "direito voluntário"; as outras duas são, a primeira, inferior ao Estado, a família, que enseja o direito familiar ou paterno (também Aristóteles falava do "dispotikón díkaion", que se poderia traduzir como "direito patronal", enquanto direito posto pelo chefe da comunidade familiar); a outra instituição, superior ao Estado, é a comunidade internacional que põe o *jus gentium*, entendido não no sentido (que vimos anteriormente) de direito comum a todas as pessoas, mas no sentido de jus inter gentes (isto é, direito que regula as relações entre os povos ou os Estados). BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, Ícone, 2006, p. 21.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

Todavia, a transformação que se sucedera atrelou o juiz aos ditames do Estado e, conseqüentemente, a partir disso, ocorrera, paulatinamente, a incorporação do juiz como titular do poder judiciário. Assim, por força do Estado-Legislativo, se impôs ao judiciário, em detrimento das normas consuetudinárias e do direito natural, as regras proferidas pelo legislativo. "As demais regras são descartadas e não mais aplicadas nos juízos: eis por que, com a formação do Estado moderno, o direito natural e o positivo não mais são considerados de mesmo nível [...]"<sup>16</sup>. Por isso, com a formação do Estado e também por meio da segurança que a regulação estatal passou a fornecer para a sociedade, o direito positivo, como direito construído pelo legislativo, consubstanciou-se no único direito, é dizer, naquele posto pelo Estado.

De fato, o direito romano, a começar por Justiniano, influenciou fundamentalmente na unicidade do regramento estatal. Com a criação do *Corpus juris civilis* as normas advindas do direito romano despiram-se do caráter iminentemente social, para com isso validarem-se na vontade do príncipe. Por isso, "no desenvolvimento histórico sucessivo considera-se o direito romano como um direito imposto pelo Estado (ou, mais precisamente, pelo Imperador Justiniano)"<sup>17</sup>. Conseqüentemente, a monopolização da produção jurídica esteve umbilicalmente ligada à formação do Estado absoluto, de modo que, historicamente, tornara possível, por meio das codificações, entre o final do século XVIII e início do século XIX, a consolidação do positivismo jurídico propriamente dito.

Para compreender a história do positivismo jurídico faz-se necessário analisar brevemente o desenvolvimento do direito a partir de outras tradições. Na Inglaterra, em que pese a pouca influência do direito comum romano, ocorreu a contraposição entre common law e statute law. Nessa tradição, o direito estatutário assumia uma posição de inferioridade em relação ao direito comum, pois, a prevalência do primeiro se dava à medida em que não contrariasse as normas comuns. Neste sentido, a common law<sup>18</sup> apresentava-se como um direito consuetudinário, cuja origem, remetia para aquilo que derivava das relações sociais. Esse modelo normativo, posteriormente, transformou-se em um direito de elaboração judiciária.

Em contrapartida, o direito estatutário, caracterizado por ser um produto do poder do soberano juntamente com o poder do parlamento, era limitado pelos pressupostos da common law. Essa limitação advinha, necessariamente, da separação dos poderes, isto é, a monarquia inglesa, apesar de exercer a jurisdição por meio de juizes escolhidos, restringia-se à common law no que tange à aplicação de seus poderes, uma vez que "na Inglaterra fora desenvolvida a separação dos poderes (transferida depois na Europa graças à teorização executada por Montesquieu) e porque tal país é a pátria do liberalismo (entendido como a doutrina dos limites jurídicos do poder do Estado)"<sup>19</sup>.

A codificação como produto do iluminismo e fundamentalmente como resultado de uma formulação liberal de Estado, derivava, em que pese a passagem do Estado Absoluto para o Estado Liberal, de uma reformulação no que refere à institucionalização do poder. Entretanto, a concepção liberal, ao recepcionar a ideia absolutista relacionada à plenitude e exclusividade<sup>20</sup> do legislador como detentor do

---

<sup>16</sup> BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, Ícone, 2006, p. 29.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>18</sup> A unidade política da Grã-Bretanha (com exceção da Escócia) realizada por Guilherme, o Conquistador, teve como consequência direta também a unificação do direito. Esse direito unificado foi chamado "direito comum", Common Law, porque substituiu os direitos particulares anteriormente em vigor. S.F.C. Milsom inicia com estas palavras a sua história do direito inglês: "O Common Law é o subproduto de um triunfo administrativo". LOSANO, M. G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*, Martins Fontes, 2007, p. 324.

<sup>19</sup> BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, Ícone, 2006, p. 33.

<sup>20</sup> Por um lado, de fato, tal teoria elimina os poderes intermediários e atribui um poder pleno, exclusivo e ilimitado ao legislador, que é o aspecto absolutista. Mas tal eliminação dos

monopólio jurídico (onipotência do legislador), buscara restringir a ocorrência de arbitrariedades por parte desse legislador. Isto porque a corrente liberal adotara a doutrina da separação dos poderes como representação de um governo subordinado<sup>21</sup> à lei.

Como precursor da lógica estatal de direito, Montesquieu, ao teorizar a doutrina da separação dos poderes, possibilitou a redução da atuação do juiz à mera reprodução legal, ou seja, para ele, essa subordinação garantiria segurança ao direito e, conseqüentemente, possibilitaria ao cidadão conduzir-se a partir da lei. Essa restrição impedia, como consolidação do poder estatal, a modificação da lei por parte do poder judiciário. Da mesma forma, Beccaria, também como precursor de um direito estatal, elaborou o princípio da estrita legalidade do direito penal. Assim, ao condicionar o juiz, esse princípio tornou a limitar o magistrado no que diz respeito à aplicação da pena. Dito de outro modo, o juiz não poderia interpretar, pois, segundo o autor, essa interpretação daria sentido adverso àquele construído pelo legislador.

Essas reformulações caracterizaram-se por representar as inovações iluministas, assim como a transformação moderna (direito) que adveio a partir desse ideal. "Com o Iluminismo, começa a época moderna do direito: a interrupção da continuidade jurídica precedente é claramente expressa pela polêmica contra o direito romano, que caracterizou o debate do século XVIII e teve como efeito prático a substituição desse direito pelas novas codificações europeias<sup>22</sup>". Dessa forma, as modificações que se sucederam produziram diferenciações no cenário da época, pois, à medida em que o direito romano ainda regulava essa realidade, progressivamente à sua inovação, é que se possibilitou vislumbrar verdadeiras transformações no cenário jurídico.

Apesar de se tratar da consolidação do paradigma estatal, se pode dizer que, de certa forma, em razão das lacunas jurídicas, estas consubstanciadas pela ideia de direito natural como complemento à limitação advinda das leis gerais, persistira a influência jusnaturalista, passando-se a utilizar a lei natural como subsidiária da lei positiva. "Essa concepção do direito natural como instrumento para colmatar as lacunas do direito positivo sobrevive até o período das codificações, e mais, tem uma extrema propagação na própria codificação<sup>23</sup>".

## **2. As Escolas do Direito: a tradição alemã, francesa, inglesa e o Positivismo Normativista Kelseniano**

O Positivismo Jurídico na Alemanha amoldou-se, em decorrência da discussão entre racionalismo e Historicismo, à ideia de dessacralização do direito natural. A Escola História do Direito, cuja origem remonta ao final do século XVIII e início do século XIX, possibilitou o surgimento do positivismo jurídico no país germânico. Por isso, para discorrer acerca do positivismo jurídico em território

---

poderes intermediários possuir também um aspecto liberal, porque garante o cidadão contra as arbitrariedades de tais poderes: a liberdade do juiz de pôr normas extraíndo-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. *Ibidem*, p. 38.

<sup>21</sup> Para impedir as arbitrariedades do legislador, o pensamento liberal investigou alguns expedientes constitucionais, dos quais os principais são dois: a) a *separação dos poderes*, pela qual o poder legislativo não é atribuído ao "príncipe" (isto é, ao poder executivo), mas a um colegiado que age junto a ele, com a consequência de que o governo fica subordinado à lei; b) a representatividade, pela qual o poder legislativo não é mais expressão de uma restrita oligarquia, mas da nação inteira, mediante a técnica da representação política: sendo assim o poder exercido por todo o povo (ainda que não seja diretamente, mas através de seus representantes), é provável que seja também exercitado não arbitrariamente, mas para o bem do próprio povo. *Ibidem*, p. 39.

<sup>22</sup> LOSANO, M. G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*, Martins Fontes, 2007, p. 07.

<sup>23</sup> BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, Ícone, 2006, p. 44.

alemão torna-se de fundamental importância analisar as características do historicismo como movimento de ruptura em um cenário impulsionado pela Revolução Francesa. Esse movimento, por assim dizer, defendia que a história construía-se à medida em que o homem diferenciava-se em relação à cultura, à língua e, principalmente, aos costumes. Em decorrência disso, institucionalizava-se a crítica adstrita ao Iluminismo e necessariamente à defesa da codificação como instrumento abstrato e a-histórico.

Também, como crítica ao Iluminismo e conseqüentemente ao que surgia dessa Revolução, ou seja, a interpretação racional da história, o historicismo se contrapôs ao surgimento do Estado como decisão (contrato social) umbilicalmente atrelada à razão e vinculada à correção das intempéries advindas do estado de natureza. Da mesma forma, era possível traçar um paralelo no que refere à razão e à história. Enquanto o Iluminismo considerava a razão como instrumento capaz de transformar dada realidade, o Historicismo, atrelado ao pessimismo antropológico, defendia a incapacidade humana – compreensão histórica – de melhorar o mundo. Além disso, o culto ao passado, juntamente com a referência dessa escola à Idade Média como ápice civilizacional, contrastou, profundamente, com as concepções iluministas revolucionárias e contrárias à tradição<sup>24</sup>.

Além disso, no movimento historicista e fundamentalmente no decorrer do momento histórico em que toda essa transformação se sucedera, ocorrera um embate entre as posições defendidas por Savigny e as sustentadas por Thibaut. Para Savigny, a individualidade-variedade do homem, a irracionalidade das forças históricas e o pessimismo antropológico, associado ao amor pelo passado, e o sentido de tradição perfaziam a diversidade e a pluralidade do direito encontradas em cada comunidade. Com isso, havia no direito uma relação irracional com relação à existência do justo e do injusto, ou seja, esse sentimento estaria, segundo Savigny<sup>25</sup>, atrelado à condição do homem como sujeito histórico e vinculado a um determinado lugar. Negar a história e romper com a tradição, concepção defendida pelos iluministas, reduziria o direito a uma fórmula matemática e cartesiana.

A crítica do historicismo dirigida à codificação está relacionada, sobretudo, ao direito legislado. Dito de outra forma, como construção interna, não deveria estar, o direito, vinculado a uma construção arbitrária e casuística, mas sim, conectado a um desenvolvimento orgânico, de modo a surgir, desse movimento, uma consciência – histórica – comum do povo. Por isso, desconsiderar a história, seria desconsiderar a historicidade como princípio edificante do próprio ser, além de negar que o “passado não teria apenas o valor pedagógico de uma experiência feita, mas um autêntico valor ontológico<sup>26</sup>”.

Entretanto, para isso, a diferenciação-conjunção<sup>27</sup> entre o elemento político e o elemento material se consubstanciaria na comunidade e também no direito

---

<sup>24</sup> Também está posição historicista é antitética à dos iluministas, os quais desprezavam a tradição. Para estes era suspeito aquilo que os homens repetiam mecanicamente, pela simples força da inércia, e desejavam que o homem aplicasse o seu espírito inovador para reformar as instituições e os costumes sociais adequando-os às exigências da razão (basta recordar a polêmica de Voltaire contra as superstições). BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito, Ícone, 2006, p. 51.

<sup>25</sup> Disse-o, aliás expressamente Savigny: a história de um povo não é só <<uma coleção de exemplo ético-políticos>> antes <<cada época (é) a continuação e o desenvolvimento de todos os tempos passados>>, já que, se cada elemento individual teria de ser sempre considerado <<como membro de um todo superior>>, também cada época só poderia ser compreendida no todo da história de que fazia parte; e daí a conclusão fundamental de que <<a história não é uma mera coleção de exemplos, mas o único caminho para o conhecimento verdadeiro da nossa própria situação>> (Uber den Zweck, 4). NEVES, A. C. *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, 2, Coimbra Editora, 1995, p. 207-208.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 207.

<sup>27</sup> Daí também a distinção entre <<o elemento político>> (decerto em referência à *polis* e não a política) – o elemento material que traduz <<a conexão em que o direito se encontra com a vida geral do povo>> – o <<elemento técnico>> – <<a vida científica do direito>>



construído historicamente por um povo, ou seja, na consciência jurídica do povo (como formadora), juntamente com o jurista (detentor da vontade comum). Dito isso, torna-se de fulcral importância explicitar que, apesar da Escola Histórica defender uma formação histórica do direito, não defendia, ao mesmo tempo, a exclusão dogmática para esse direito. Nesse sentido, por meio da dimensão histórica “devia concorrer uma dimensão <<sistemático-filosófica>> (v. Savigny, *Juristische Methodenlehre*, p. p.; G. Wesenburg, 17, 31, ss., 35, ss.) – a dimensão verdadeiramente científica que a dogmática jurídica haveria de realizar, já que pela sistematicidade definia também a escola histórica a cientificidade<sup>28</sup>”.

Por outro lado, Thibaut sustentava que, em decorrência da inexistência de precisão e de perfeição formal, seria de imprescindível a construção de um ordenamento jurídico geral, que se consubstanciasse, fundamentalmente, em um código. Para ele, juntamente com as vantagens advindas de uma codificação tanto para os juízes quanto para os estudiosos, “a codificação, por outro lado, traria também algumas vantagens políticas, visto que daria um impulso decisivo à unificação da Alemanha<sup>29</sup>”. Essa ruptura de Thibaut com a Escola Histórica proporcionou um alinhamento<sup>30</sup> para com os ideais iluministas, ou seja, esse desvirtuamento explicitou que as características locais não eram necessariamente naturais, pois, decorrentes da vontade dos príncipes, se tratavam de imposições meramente artificiais.

Assim, a Escola Histórica como precursora do positivismo jurídico na Alemanha produziu uma crítica contundente aos valores iluministas. Dessa forma, relegou o direito natural em detrimento do direito consuetudinário, uma vez que compreendia que o direito, advindo dos costumes, representava a realidade histórica, social e, fundamentalmente, o Volksgeist. No entanto, do debate entre Savigny e Thibaut adviera a prevalência da posição de Thibaut, de modo que a Escola Histórica tornou a relegar o método histórico em razão da exigência do método científico. A partir disso, ao abandonar a defesa das ideias jusnaturalista nas vestes iluministas, se passou a buscar, segundo Thibaut, um raciocínio lógico-sistemático na interpretação jurídica, é dizer, tornou-se imprescindível realizar uma inter-relação com as outras normas.

Com isso, Thibaut assumiu uma posição de defesa no que tange à interpretação filosófica (lógico-sistemática) que, para ele, integrava a interpretação histórica. Neste sentido, não era possível, a partir desse pensamento, defender ou, até mesmo, fazer ressurgir o jusnaturalismo, mas, de fato, para ele, era possível construir um sistema de direito positivo<sup>31</sup>. Portanto, o pensamento de Thibaut (positivismo científico), juntamente com a obra de Heise, representou “os primórdios daquela escola alemã que, na primeira metade do século XIX,

---

(Vom Beruf, §8). E se se exigia para este <<duplo princípio vital>> uma articulação de <<um modo perfeitamente orgânico>> (ibid.), a verdade é que nestes termos a escola histórica atribuía aos juristas (<<o portador e sabedor do espírito do povo é o jurista erudito>>, DAHM, 122), e não podia assim deixar de reconhecer-se que o direito resultaria fundamentalmente da sua elaboração doutrinal: seria sobretudo Juristenrecht (PUCHTA) ou antes Wissenschaftliches Recht (SAVIGNY), e a Rechtswissenschaft acabava por surgir como a decisiva fonte da sua determinação e produção. *Ibidem*, p. 210-211.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 211.

<sup>29</sup> BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, Ícone, 2006, p. 59.

<sup>30</sup> A inspiração iluminista de Thibaut pode ser vista claramente nas últimas páginas de seu escrito, onde ele entra numa polêmica contra a excessiva reverência para com a tradição, afirmando que o homem não deve ser súcubo dela, devendo sim superá-la e renová-la. BOBBIO, N. *Ibidem*, p. 60.

<sup>31</sup> Na Alemanha, a polêmica da Escola histórica do direito contra a codificação surge precisamente do fato de que os Estados germânicos, pátria da reação, não podiam aceitar uma codificação de tipo francês, expressão jurídica da nova ordem social nascida da Revolução Francesa de 1789. Contudo, todo o debate se concluiu com a entrada em vigor do código civil alemão de 1900, tardia consolidação jurídica de uma tardia revolução burguesa. LOSANO, M. G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*, Martins Fontes, 2007, p. 59.

sistematizou cientificamente o direito comum vigente na Alemanha, levando este o nome de 'escola pandectista'<sup>32</sup>”.

A história do positivismo jurídico na França e, por consequência, da codificação, remonta à vigência, em 1804, do Código de Napoleão. As bases dessa codificação, construídas por concepções iluministas, nasceram por meio de uma cultura racionalista impulsionada, sobretudo, pelo acontecer da Revolução Francesa. Por isso, a ideia de legislador universal, juntamente com a possibilidade de unificação do direito, norteou a França, pois, neste período, a sociedade francesa desfrutava de uma multiplicidade de ordenamentos jurídicos que se definiam a partir de um dado território. Neste sentido, a divisão jurídica se dava através de duas formas: na parte setentrional, vigia o direito costumeiro e na meridional o direito comum romano. Dessa maneira, para os iluministas, o direito deveria abandonar a arbitrariedade contida na construção histórica e, assim, estabelecer um ordenamento jurídico imutável, de modo a ocorrer um retorno à natureza, sendo este retorno consubstanciado pela universalidade do homem<sup>33</sup>.

Inicialmente, o projeto de codificação surgiu com base em pressupostos jusnaturalistas. A elaboração do Código Civil, cuja inspiração desvinculou-se do iluminismo e do jusnaturalismo, buscou, no direito romano comum, uma roupagem definitiva em 1804. Em consequência disso, o Código de Napoleão, como ruptura e, ao mesmo tempo, como construtor de uma nova tradição jurídica, proporcionou, no artigo 4º, uma abstração que poderia impor ao juiz, no que diz respeito ao julgamento, inúmeras dificuldades relativas à obscuridade, à insuficiência e também ao silêncio da lei. Para resolver essa problemática, a solução adotada pelo positivismo jurídico se vinculou na ideia de onipotência do legislador, bem como da organicidade-completude do ordenamento jurídico, adotando, fundamentalmente, a premissa da individualização dos casos de acordo com a interpretação contida nos princípios basilares dessa codificação (onipotência e completude).

Em contrapartida, para os redatores do Código, deveria ser permitida a livre interpretação<sup>34</sup> do direito pelo juiz. Dito de outra forma, segundo os cultores dessa possibilidade, a redução drástica da lei, em decorrência da sobreposição do princípio da onipotência do legislador e da completude do ordenamento jurídico, tornaria o juiz servo da Lei e, sobretudo, conduziria o Estado ao estabelecimento de um despotismo capitaneado pela codificação. Além disso, se defendia, para a viabilidade dessa proposta, a liberdade do juiz no que se refere à escolha dos melhores critérios, advindos da Lei, mas consubstanciados na doutrina e, principalmente, em um conjunto de decisões anteriores. Por isso, “a integração da lei deve acontecer, prossegue Portalis, recorrendo-se ao juízo de equidade, com referência ao qual ele afirma (polemizando com aqueles que querem que as

---

<sup>32</sup> BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, Ícone, 2006, p. 57.

<sup>33</sup> [...] Tal postura tem a sua mais peculiar expressão em Rousseau, que em sua obra-prima, o Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens, considerou a civilização e os seus costumes como a causa da corrupção do homem que é “naturalmente bom”. Inspirando-se precisamente nas concepções de Rousseau se propuseram a eliminar o acúmulo de normas jurídicas produzidas pelo desenvolvimento histórico e instaurar no seu lugar um direito fundado na natureza e adaptado às exigências universais humanas. Dissemos anteriormente que, segundo esses juristas racionalistas, sendo a natureza das coisas simples e unitária, também o direito devia ser como tal: insistiram sobretudo na simplicidade, até transformar esta vigência num mito propriamente dito. O mote deles é: poucas leis. A multiplicidade das leis é fruto da corrupção. *Ibidem*, p. 65-66.

<sup>34</sup> A ratio do art. 4º do Código de Napoleão, na intenção dos seus compiladores, era a de evitar os inconvenientes de uma prática judiciária instaurada durante a Revolução, pela qual os juízes, quando não dispunham de uma norma legislativa precisa, se abstinham de decidir a causa e devolviam os atos ao poder legislativo para obter disposições a propósito. E isto em muitos casos era imposto pela própria lei revolucionária, que desejava estimular até o extremo o princípio da separação dos poderes; em outros casos eram sugeridos ao juiz critérios de prudência política, para evitar que, com a mudança das relações de força entre os vários grupos revolucionários, ele fosse responsabilizado pela aplicação de uma lei emanada de um grupo para combater um outro. *Ibidem*, p. 77.

decisões do juiz, não só em matéria penal como também civil, sejam sempre baseadas numa lei, já que a equidade é subjetiva e arbitrária<sup>35</sup>”.

No entanto, se ignorou essas reivindicações e se estabeleceu, por meio do artigo 4º, a vinculação da interpretação com base nos pressupostos advindos da onipotência do legislador e da completude do ordenamento. Dessa maneira, esse modo de compreender o artigo em questão fora utilizado como argumento primordial para a institucionalização da Escola da Exegese que, efetivamente, tornou a limitar a interpretação da lei a partir de um a priori, ou seja, da codificação como representação do princípio da autoridade, da certeza do direito e da separação dos poderes juntamente com a natureza política<sup>36</sup> do regime vigente neste estágio societário. Assim, torna-se necessário, para analisar a Escola da Exegese<sup>37</sup>, explicitar os três períodos referentes à sua vigência. A primeira fase, denominada de instauração, se iniciou em 1804 e perdurou até 1830. Enquanto que a fase posterior, chamada de apogeu, viveu de 1830 a 1880 e, por fim, a terceira fase, isto é, o declínio, se estendeu de 1880 a 1900.

No que diz respeito à codificação, a sua funcionalidade permitiu resolver boa parte das controvérsias apresentadas. Em consequência disso, para os operadores do direito, o código representou certa simplicidade referente à resolução das demandas surgidas, ou seja, à medida que desprezava a doutrina, a jurisprudência e o costume, a adoção de uma sistemática interpretativa atrelada ao código mecanizou a atividade jurídica e, ao mesmo tempo, por meio do princípio da certeza, assegurou uma exatidão-segurança à sociedade. Também, como pressuposto basilar dessa Escola, a ideia de autoridade, juntamente com a codificação, transmitira segurança aos profissionais do direito, pois, esse instrumento, delineou-se a partir de uma concepção soberana e, por isso, exercia, fundamentalmente, uma autoridade (vontade do legislador). Outra condição para o surgimento da Escola da Exegese fora a adoção da separação dos poderes como alinhamento ideológico e constituinte do Estado Moderno (Executivo, Legislativo e Judiciário). Da mesma forma e, em razão do regime napoleônico, a natureza política também influenciou no surgimento dessa Escola.

Dessa forma, a Escola da Exegese se caracterizou a partir da inversão das relações entre direito natural e direito positivo, da rigidez do direito, bem como da interpretação vinculada na intenção do legislador e do culto ao texto legal. Dito de outra forma, “que tanto é dizer: um código que recusava a história e que, na sua axiomática racionalidade, se bastaria a si próprio<sup>38</sup>”. Inicialmente, a legislação que surgiu durante a Revolução Francesa se inspirou no jusnaturalismo. Posterior a esse acontecimento (pós-Revolução), o jusnaturalismo passou a ocupar apenas o

---

<sup>35</sup> BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, Ícone, 2006, p. 76.

<sup>36</sup> É representado pelas pressões exercidas pelo regime napoleônico sobre os estabelecimentos reorganizados de ensino superior do direito (as velhas Faculdades de Direito da Universidade haviam sido substituídas pelas Escolas centrais por obra da República, transformadas posteriormente sob o Império em Escolas de Direito e colocadas sob o controle direto das autoridades políticas), a fim de que fosse ensinado somente o direito positivo e se deixasse de lado as teorias gerais do direito e as concepções jusnaturalistas (todas coisas inúteis, ou perigosas, aos olhos do governo napoleônico que, não esqueçamos, era nitidamente autoritário). *Ibidem*, p. 81.

<sup>37</sup> Os participantes da E.E. foram sobretudo autores de comentários, obras de exposição, interpretação e explicação dos códigos e pela própria ordem destes – seguindo-os de artigo por artigo, se commentaires em sentido estrito; mediante divisões em livros, títulos, capítulos, seccões, se tomavam a designação de traités. E sendo a maioria deles professores das Faculdades de Direito – a E.E. foi também uma escola universitária –, o seu ensino era o mesmo tipo, exegético-analítico, dirigido apenas ao estudo dos códigos numa explicação comentarista, segundo o seu sistema e na sucessão dos seus artigos. Pode dizer-se que a E.E. estava toda ela caracterizada, com verdade e como que paradigmaticamente, na declaração de Bougnet: <<Je ne connais pas le Droit civil, je n’enseigne que le code de Napoléon>>. NEVES, A. C. *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, 2, Coimbra Editora, 1995, p. 190.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 183.

viés filosófico, pois fora substituído pelo legalismo que, fundamentalmente, passou a ditar a relação de exclusividade entre direito e lei. Essa exclusividade, ou seja, o conteúdo da lei como único critério jurídico, negou validade para outros critérios que não estivessem estritamente contidos na lei. Por isso, se passou a defender que “a lei é não só a única fonte do direito como ainda o critério normativo-jurídico exclusivo [...]”<sup>39</sup>.

Ademais, a ideia de suficiência contida na lei expressava, diferentemente da concepção de exclusividade, a solução – no próprio código – para todas as controvérsias jurídicas. “E em que teremos de ver, por sua vez, a concepção do sistema jurídico-legal que era a própria E.E.: esse sistema seria para ela um sistema completo e fechado<sup>40</sup>”, uma vez que, por meio da promulgação do Código Civil e necessariamente do artigo 4º desse diploma, se passou definitivamente a atribuir a característica da suficiência<sup>41</sup> à lei (Código). “Estava-se perante um sistema que se definia e subsistia em si, e não num diálogo problemático-normativo com a realidade social – um sistema axiomático, numa palavra, diretamente inspirado, como se já disse, no racionalismo sistemático do jusnaturalismo (v. também neste sentido, *Wieacker, Gesetz und Richterkunst, 6; Privatrechtgeschichte der Neuzeit, 399, ss.*) e que a ideia de um código pleno repetia<sup>42</sup>”.

O nascimento do positivismo jurídico na Inglaterra atrelou-se também à crítica realizada por Bentham referente ao sistema da common law, é dizer, à produção do direito via judiciário. Para ele existiam defeitos intrinsecamente contidos nessa modalidade de criação jurídica, tais como: a incerteza da common law, a retroatividade do direito comum, a sua não fundação no princípio da utilidade<sup>43</sup>, juntamente com a inexistência de competência<sup>44</sup> em todos os campos regulados pelo direito e, por fim, a crítica de caráter político relativa à inexistência de controle popular (povo) em relação à produção jurídica por parte dos juizes. No que diz respeito à inexistência de certeza, a common law proporcionara um ambiente de insegurança<sup>45</sup> e, por isso, inviabilizara qualquer previsão condizente às consequências das condutas praticadas pelos cidadãos.

---

<sup>39</sup> NEVES, A. C. *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, 2, Coimbra Editora, 1995, p. 184.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 185.

<sup>41</sup> O que importa agora acentuar é que só o facto de se admitir que uma solução nesse sentido fosse possível, em lugar de se aceitar que o sistema legal é insuficiente ou de possibilidades jurídicas limitadas para dar resposta a todos os problemas jurídicos concretos que a vida histórico-social põe ao direito – que a problemática jurídica da vida histórico-social supera um qualquer sistema normativo pré-constituído, e que, portanto, as lacunas assim manifestadas, posto se mantenha a proibição da denegação de justiça, haveriam de ser autónoma e constitutivamente preenchidas pelo juiz, como fora autorizado pela codificação iluminista pré-revolucionária, como veio a ser também posteriormente interpretado o mesmo art. 4 e hoje comumente se entende – confirma-nos só por si que o direito era pensado como um sistema racional que a sua própria racionalidade constituía e que na sua imanente e autodefinada racionalidade se fechava. *Ibidem*, p. 186.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> O terceiro defeito do direito comum é representado pelo facto de ele não ser fundado no princípio da utilidade. Enquanto o legislador pode criar um sistema completo de normas jurídicas, que se fundam em alguns princípios basilares (e, antes de mais nada, no princípio de utilidade), o juiz não pode seguir mas aplica (e cria) tal critério, o direito fundando-se numa regra preexistente, ou na analogia entre o caso que ele deve resolver e aquele disciplinado por uma sentença precedente. BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, Ícone, 2006, p. 98.

<sup>44</sup> O quarto defeito é representado pelo dever que um juiz tem de resolver qualquer controvérsia que lhe seja apresentada, embora necessariamente lhe falte uma competência específica em todos os campos regulados pelo direito; este inconveniente é, em contrapartida, eliminado com a produção legislativa do direito, visto que a redação de códigos e leis é confiada a indivíduos ou a comissões dotados de competência específica. *Ibidem*, p. 99.

<sup>45</sup> O distinto grau de segurança do direito legislativo e do direito judiciário depende do facto de que enquanto é claramente estabelecida a fonte e, portanto, o autor do primeiro, não é

Da mesma forma, a retroatividade do direito comum, para Bentham, acontecia a partir do momento em que o juiz, diante de uma situação não amparada pelos precedentes, conclui a determinada situação com base em uma norma criada por ele mesmo. Neste sentido, essa norma possui uma eficácia retroativa, pois fora aplicada a uma prática comportamental anterior à sua criação. Dito de outra forma, cria-se a norma após o surgimento de dada demanda, passando esta norma a tutelar o passado. "Assim sendo, o direito comum viola uma exigência fundamental do pensamento jurídico liberal: a irretroatividade da lei (especialmente a penal), segundo a qual uma norma não deve ser aplicada a um fato sucedido antes da emissão dessa norma (visto que o cidadão não pode saber que uma lei posterior declarará ilegítimo o seu comportamento)<sup>46</sup>".

No que se refere à crítica de caráter político, para Bentham, torna-se inviável ao povo controlar a produção do direito por parte dos juizes. Com isso, o autor defende a criação do direito pelo parlamento, pois, assim, seria possível controlar a criação jurídica e, sobretudo, estabelecer uma estreita vinculação do direito às necessidades (vontade) do povo. Logo, segundo Bentham e as suas ideias não populares, deveria ser realizado um concurso para a elaboração de um código. Esse código deveria consubstanciar-se em uma criação unitária, universal, coerente e simples. Neste contexto, para o autor, seriam quatro os requisitos básicos necessários à elaboração de um código: justificabilidade, utilidade, completitude e cognoscibilidade.

Assim, o princípio do utilitarismo, para ele, deveria proporcionar uma maior felicidade para um número maior de pessoas, isto é, o código, como instrumento imperativo e de caráter utilitário, deveria se converter em um mecanismo útil ao povo. Em relação à completitude, esse princípio se referia ao código como instrumento completo, pois, caso assim não fosse e vigorasse ainda as lacunas, se poderia, com isso, dar margem ao direito judiciário. Também, de acordo com essas premissas, o código deveria ser representado através de pressupostos claros e objetivos, tendo, como finalidade, proporcionar ao povo um maior conhecimento do conteúdo posto. "Para Bentham uma lei é uma lei não apenas porque é posta pela autoridade, mas também porque é posta devido a determinados motivos, racionalmente cognoscíveis. Esta motivação, observa o filósofo, é muito útil não só para os cidadãos, como também para os magistrados e para o ensino direito<sup>47</sup>".

Conjuntamente ao pensamento de Bentham, na Inglaterra, surgira, também, a compreensão do direito realizada por Austin. A concepção defendida por esse autor não negou por completo a juridicidade do direito criado pelos juizes. Todavia, ao atrelar o poder dos juizes à autoridade soberana, ele sustentou que a criação do direito, por parte destes, não representava a desvinculação do direito em relação ao Estado, uma vez que essa produção não desvincularia direito e Estado. "A distinção entre direito legislativo e direito judiciário não significa, portanto, uma distinção entre direito estatal e direito não-estatal, mas entre direito posto imediatamente e direito posto de modo mediato pelo soberano da sociedade política independente<sup>48</sup>".

A partir dessa concepção, tornou-se possível explicitar que a distinção entre direito legislativo e direito judiciário não estaria vinculada às fontes do direito,

---

absolutamente possível individualizar a fonte e, portanto, o autor do segundo: pode-se, de fato, considerar o juiz como o autor da common law? Segundo Blackstone, o juiz está vinculado ao precedente, por ser este *rationabilis*. Mas, observa Bentham, o que é essa racionalidade (*rationabilitas*) com base na qual o juiz decide se adota ou rejeita um precedente? Não se trata de um critério objetivo, mas de uma avaliação pessoal do juiz, a qual permite qualquer arbítrio. Bentham também critica a ideologia com a qual os juizes disfarçam sua atividade criativa do direito. Pretendem, assim, se limitar a descobrir o "verdadeiro direito" que está por trás das sentenças constitutivas dos precedentes. *Ibidem*, p. 97.

<sup>46</sup> *Ibidem*, 98.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 109.

mas sim estaria adstrita ao modo de produção desse direito. Enquanto o direito legislativo se fazia representar por normas abstratas e gerais, o direito judiciário, contrariamente, constituía-se por meio de normas específicas-particulares que, necessariamente, deveriam regular uma determinada situação. Diante disso, Austin passara a sustentar algumas objeções relativas ao modo pelo qual se produzia o direito. Para ele o direito produzido pelo judiciário caracterizava-se também por expressar uma maior dificuldade no que se refere à disponibilidade do conhecimento-informação. Da mesma forma, para o autor, o direito construído pelo judiciário possuía, como característica, uma menor ponderação, pois, em comparação com o direito legislativo, era produzido de forma mais apressada.

Outra característica criticada por Bentham e, necessariamente, recuperada por Austin, era a produção normativa com a eficácia retroativa, ou seja, após o fato, o juiz poderia criar determinada norma para regular essa situação. O direito judiciário caracterizava-se pela vagueza e pela incoerência comparado ao direito legislativo. Essa contraposição ocorria, de acordo com Austin, em decorrência da quantidade de documentos existente no direito judiciário, assim como pela dificuldade de se produzir, em relação aos casos apresentados, uma norma de caráter geral. Além disso, o autor se referia à problemática existente em relação à certificação da validade das normas criadas pelo judiciário. "Para o direito legislativo, segundo Austin, o problema não apresenta dificuldade, visto que vigora o critério segundo o qual é válida a norma emanada pelo órgão legislativo; mas tal critério não pode ser aplicado ao direito judiciário e, por conseguinte, não é possível afirmar a validade da norma emanada por um juiz [...]"<sup>49</sup>.

Ademais, a dificuldade advinda da compreensão do direito produzido pelo judiciário, levou Austin a explicitar que, para o entendimento desse direito, fazia-se necessária a realização de um trabalho de abstração ou de indução, porquanto que somente assim seria possível construir uma norma geral. Ainda, dentre as críticas produzidos pelo autor, estaria a questão da autossuficiência do direito judiciário, ou seja, "o direito judiciário não é jamais auto-suficiente, necessitando sempre ser 'remendado' aqui e ali com normas legislativas, determinando assim a existência de um ordenamento jurídico híbrido, no qual se acham justapostos dos sistemas normativos diferentes mal amalgamados [...]"<sup>50</sup>.

Dito isso, para se proceder à codificação, seria necessário não apenas um conjunto de leis, mas sim, uma reformulação coerente e unitária de todo o direito vigente em determinada sociedade. Também, se deveria, ao mesmo tempo, inovar no que tange à forma. Ao reconhecer a incompletude do código, Austin defende que, ainda assim, mesmo possuindo lacunas, o código era menos incompleto do que o direito judiciário. Da mesma forma, para ele, "a completude do código não consiste em disciplinar todos os casos individualmente considerados, mas em estabelecer normas, cada uma delas aplicável a toda uma categoria de casos (em linguagem moderna, diremos que a norma alcança um *fatti specie* abstrato)<sup>51</sup>". Quanto à inalterabilidade, Austin defendia que o direito judiciário, consubstanciado por um sistema de precedentes, se tornaria mais inalterável do que o direito legislativo, pois a produção judiciária do direito se fundava, substancialmente, em uma época anterior, de modo a continuar a vigorar em um ambiente social não mais correlato à sua criação.

Neste sentido, o autor também elucidou sobre a rigidez do direito codificado. Para ele essa rigidez não seria "um inconveniente, mas uma vantagem, já que a excessiva maleabilidade determina a insegurança jurídica, posto que o direito pode ser mais facilmente alterado"<sup>52</sup>. Por fim, Austin ainda defende a codificação como mecanismo destinado à correção dos equívocos e ambiguidades, de modo que a codificação representaria uma elevação da técnica profissional e da

---

<sup>49</sup> BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito, Ícone, 2006, p. 111.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

ética, pois eliminaria os rúbulas e possibilitaria o ingresso de intelectuais e de pessoas moralmente bem intencionadas. Diferentemente de Bentham, Austin explicitava que a realização da codificação não deveria, de maneira alguma, se consubstanciar em trabalho de uma única pessoa. A codificação deveria, segundo ele, se respaldar em um amplo conhecimento, uma vez que essa sistemática deveria abarcar toda uma realidade socialmente estabelecida.

Por isso, o autor organizou uma fórmula que promoveria, em um plano intermediário, uma dada solução. "O projeto deve ser redigido por uma só pessoa, mas posteriormente será reexaminado por uma comissão, que providenciará as correções e a integração que se fizerem necessárias<sup>53</sup>". Assim, como produto dessa construção, o código, para Austin, deveria tornar-se acessível apenas aos juristas. Assim, justificativa apresentada estava adstrita à ideia de simplificação, ou seja, um código de fácil acesso seria, na verdade, um mecanismo simplificado e passível de contínuas reformas.

Inicialmente, no século XX, alguns pensadores-cientistas buscaram pesquisar, novamente, os métodos contrários à lógica metafísica. Sob a denominação de neopositivistas e, a partir do Círculo de Viena, cultivaram as heranças positivistas referentes a Ernst Mach, à "[...] lógica matemática e à análise da linguagem<sup>54</sup>". Em consequência disso, como característica fundamental da análise realizada por esse círculo, estaria a linguagem, afastada da metafísica sem sentido, como base científica destinada a unificar as ciências da natureza com as ciências da cultura. "Esse é o pensamento que permeia *Der logische Aufbau der Welt*, publicado por Carnap em 1928, e que Neurath incansavelmente promove. Logo Carnap se afastou dessa concepção, ao que o Círculo de Viena sofria a influência cada vez maior da lógica matemática de Gottlob Frege (1848-1925) e do pensamento de Ludwig Wittgenstein (1889-1951) e de Bertrand Russel (1872-1972)<sup>55</sup>".

Também, em função das reviravoltas ocasionadas em função da Segunda Guerra Mundial, alguns cientistas rumaram para outros países. Assim, sob a influência do Círculo de Viena, o neopositivismo acabou por delinear, por meio da lógica formal, um pensamento que se tornou conhecido como Filosofia Analítica do Direito. Com isso, "a partir de 1970, a teoria da ciência, proposta pelo Círculo de Viena, encontrou acolhida entre os filósofos do direito interessados em construir uma teoria que tivesse como objeto a globalidade do fenômeno jurídico". (LOSANO, 2010, p. 32) Por outras palavras, o Positivismo Lógico se inspirou, por assim dizer, em um ideal científico que "não pode ser confundido com o positivismo legislativo ou jurídico<sup>56</sup>".

A Teoria Pura<sup>57</sup> do Direito de Kelsen pretendeu construir uma Ciência Jurídica a partir dos moldes epistemológicos da Ciência Básica. Dito de outra forma, "a ciência jurídica procura apreender o seu objeto 'juridicamente', isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica<sup>58</sup>".

Em contrapartida, para Weber, referenciado por uma compreensão culturalista e hermenêutica, a ciência funciona como uma espécie de tipo ideal, uma estilização da realidade influenciada por Dilthey, Marx, Nietzsche e Kant,

---

<sup>53</sup> BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, Ícone, 2006, p. 117.

<sup>54</sup> LOSANO, M. G. *Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX*, WMF Martins Fontes, 2010, p. 30.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> A teoria pura do direito de Kelsen é a mais exaustiva descrição do sistema jurídico realizada em linguagem natural e pode ser considerada o ponto de chegada da concepção sistemática do século XX. Visto que a de Kelsen foi provavelmente a teoria mais influente do século XX [...]. *Ibidem*, p. 52.

<sup>58</sup> KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, WMF Martins Fontes, 2009, p. 79.

dentro da lógica da causalidade adequada. Já para Kelsen, a causalidade<sup>59</sup> é direta e ditada pela lógica da imputação paralelamente à compreensão do direito como ciência básica, legitimando-o dentro do modelo dedutivo e axiomático das verdades matemáticas auto-demonstráveis. “Na descrição de uma ordem normativa da conduta dos homens entre si é aplicado aquele outro princípio ordenador, diferentemente da causalidade, que podemos designar como imputação<sup>60</sup>”.

A Ciência proposta por Kelsen possui características específicas. É dizer, a Teoria Pura do Direito fora consubstancia a partir de uma visão de mundo dualista, em uma divisão entre ser e dever ser. Há, na teoria kelseniana, variações contextuais referentes à utilização dos termos “monismo” e “dualismo”. “Kelsen é monista na teoria da justiça e na do direito internacional<sup>61</sup>”. Também, pode-se dizer que a Ciência proposta pelo autor buscou construir, com base em uma unidade, o seu objeto de estudo. O princípio da unidade, inserido nessa sistemática, representou, fundamentalmente, a influência do Círculo de Viena no pensamento de Hans Kelsen.

Em decorrência da ideia de unidade “[...] a teoria pura se apresenta, por isso, como uma construção unitária que dá conta de *todo* o mundo do direito, mas *somente* do mundo do direito<sup>62</sup>”. A concepção de unidade do direito, para esta teoria, encontra-se vinculada, substancialmente, a uma Norma Fundamental, pois é dessa norma que deriva todo o ordenamento jurídico. A Norma Fundamental não é determinada pelo legislador, mas sim, por quem analisa o ordenamento. “[...] É uma norma pressuposta, mas não posta, e, como tal, é uma norma não conforme à definição kelseniana de norma<sup>63</sup>”. Consequentemente, a Norma Fundamental representa, para a Teoria Pura do Direito, o centro de referência e de sustentação da unidade do ordenamento jurídico.

No que tange à validade<sup>64</sup>, “a constituição é válida se a norma fundamental – que está fora do direito positivo – declara que essa constituição deve ser obedecida. Visto que para Kelsen a validade de uma norma de qualquer nível coincide com sua existência, o sistema kelseniano inteiro existe graças à norma fundamental [...]”<sup>65</sup>.

A Teoria Pura, influenciada a partir da formação de Kelsen como matemático e também como seguidor de Kant, buscou uma compreensão do objeto<sup>66</sup> da Ciência do Direito depurada, sobretudo, de fatores extrajurídicos inseridos na concepção de positivismo analítico traçado no interior do círculo de

---

<sup>59</sup> Pela via da análise do pensamento jurídico pode mostrar-se que, nas proposições jurídicas, isto é, nas proposições através das quais a ciência jurídica descreve o seu objeto, o Direito – quer seja um Direito nacional ou Direito internacional –, é aplicado efetivamente um princípio que, embora análogo ao da causalidade, no entanto, se distingue dele por maneira característica. A analogia reside na circunstância de o princípio em questão ter, nas proposições jurídicas, uma função inteiramente análoga à do princípio da causalidade nas leis naturais, com as quais a ciência da natureza descreve o seu objeto. KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, WMF Martins Fontes, 2009, p. 86.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> LOSANO, M. G. *Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX*, WMF Martins Fontes, 2010, p. 53.

<sup>62</sup> LOSANO, M. G. *Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX*, WMF Martins Fontes, 2010, p. 54.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> [...] Aceita a noção de norma fundamental, o sistema inteiro descreve, admiravelmente, a estrutura do direito moderno ocidental; rejeitada a noção de norma fundamental, cai o sistema kelseniano inteiro. A noção de validade é, portanto, um adesivo essencial do sistema kelseniano [...]. *Ibidem*.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> Ora, o conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem o caráter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos (ou antijurídicos). Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo ‘norma’ se quer significar que algo se deve conduzir de determinada maneira. KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, WMF Martins Fontes, 2009, p. 05.



Carnap. O método em questão depuraria, nos moldes da ciência básica, não no da ciência aplicada, o isolamento da compreensão do fenômeno jurídico. Neste sentido, o Direito seria igual a Lei. Este, é o Normativismo Jurídico estatal reducionista<sup>67</sup>, ou seja, o ordenamento jurídico exprimido em sua própria constituição básica normativa sem qualquer pré-compreensão de ordem histórica, sociológica e filosófica.

Assim, a pureza normativa, que tem como fundamento transcendental "a norma fundamental<sup>68</sup>", dentro da conceituação kantista, surgira a partir de um ordenamento jurídico piramidal, em que a validade das normas decorre de sua posição hierárquica<sup>69</sup> dentro do sistema normativo, isto é, uma norma jurídica emanada da sua posição imediatamente superior. "Em suma, tanto Kelsen quanto Bobbio – na justa polêmica destes com o jusnaturalismo, destinada a distinguir o direito positivo como 'fato' do seu dever ser ético-político como 'valor' – estão unidos por uma concepção unidimensional da validade como 'ser', e não como 'dever ser jurídico' do direito, não distinta da existência, a qual por sua vez é necessariamente determinada somente pelas formas da produção jurídica<sup>70</sup>".

Neste sentido, esta ordem jurídica estatal detém o monopólio jurídico da coerção que se expressa pelo poder externo institucionalizado pela sanção. Ocorre, pela lógica da imputação, a imediata subsunção do fato à norma. O ordenamento jurídico Kelseniano não possui preceitos premiais, é dizer, a sua essência é, fundamentalmente, coercitiva. "[...] Se o Direito é concebido como uma ordem de coerção, isto é, como uma ordem estatuidora de atos de coerção, então a proposição jurídica que descreve o Direito toma a forma da afirmação segundo a qual, sob certas condições ou pressupostos pela ordem jurídica determinados, deve executar-se um ato de coação, pela mesma ordem jurídica especificado<sup>71</sup>".

A Teoria em discussão é um modelo idealizado de funcionamento do ordenamento jurídico inserido em uma moldura produzida, ou seja, dentro da aparência, não da essência do fenômeno analisado a partir das premissas kantianas. Dito isso, com base na constituição prática do ordenamento jurídico pode-se falar em política judiciária, pois, o juiz, por meio da aplicação concreta do direito, preenche a moldura normativa jurisprudencial com valores extrínsecos ao ordenamento jurídico, ou seja, a sua postura é influenciada por fatores externos ao ordenamento jurídico e também por valores que adere na interpretação da norma. No entanto, essa prática não é o propósito da ciência básica normativista estatalista Kelseniana que busca, sobretudo, uma compreensão científica, objetiva e rigorosa do funcionamento abstrato do ordenamento jurídico.

A Teoria Pura do Direito fora compreendida de forma equivocada, pois, inserida em um recorte de método de pesquisa do fenômeno, transformou-se, a

---

<sup>67</sup> Mas o certo é que o problema da forma do Estado, como questão relativa ao método da criação do Direito, não só se apresenta ao nível da Constituição, e, portanto, não só se levanta relativamente à atividade legislativa, como também se põe a todos os níveis da criação jurídica e, especialmente, com referência aos diversos casos de fixação de normas individuais: atos administrativos, decisões dos tribunais, negócios jurídicos. KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, WMF Martins Fontes, 2009, p. 310.

<sup>68</sup> [...] A função da norma fundamental é dar um fundamento à validade de um ordenamento jurídico-positivo, ou seja, de um ordenamento jurídico estatuído por atos de vontade humana e eficaz em suas grandes linhas. Pode-se, portanto, corretamente sustentar que a norma fundamental é o reflexo de uma certa concepção filosófica em uma teoria jurídica: isso significa, porém, admitir a natureza metajurídica que Kelsen procurou mascarar, mas sem sucesso. LOSANO, M. G. *Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX*, WMF Martins Fontes, 2010, p. 93.

<sup>69</sup> De uma ampla citação emerge o modelo Kelseniano de sistema jurídico interno, concebido como um conjunto de normas jurídicas de vários níveis, unificadas por um nexo de delegação de validade. *Ibidem*, p. 65.

<sup>70</sup> FERRAJOLI, L. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, Revista dos Tribunais, 2015, p. 54.

<sup>71</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, WMF Martins Fontes, 2009, p. 121.

partir de um uso tecnicista e ornamental, em instrumento normativo ideológico, desvinculando o direito da justiça e de qualquer conformação moral. Para Kelsen o estudo do ordenamento jurídico estatal deveria basear-se na neutralidade científica, em que o sujeito não contamina o objeto, analisando-o de forma racional, objetiva e distanciada, isto é, defendia o estudo do ordenamento jurídico em sua forma pura.

Dessa forma, como ciência, tanto o Estado liberal quanto o Estado totalitário nazista/fascista ou stalinista soviético seriam ordenamentos jurídicos válidos, em que Direito e Estado coincidem. Neste sentido, até mesmo um golpe civil-militar como o brasileiro seria uma revolução jurídica no sentido Kelseniano, uma vez que ocorreria a transformação do ordenamento jurídico, apesar da ruptura com toda a teoria constitucional contemporânea em função da criação-aplicação dos Atos Institucionais ao arrepio da Constituição vigente.

O exercício epistemológico-científico proposto por Kelsen não ignorou que, por de traz da norma hipotética fundamental transcendental de inspiração Kantista, poderiam estar os tanques, o poder militar ou o poder social revolucionário constituidor do poder em sua formalização jurídica em um ordenamento que deve ser cientificamente estudado e exposto. Porém, em termos do monismo jurídico estatal, expressão máxima do Estado moderno, o fenômeno normativo estaria encerrado na forma e não em questões éticas ou de justiça, embora estas sejam fundamentais para a política judiciária, bem como para o exercício prático do poder jurídico.

### **3. A superação do Positivismo no Brasil: rumo à discricionariedade**

A problemática atinente à interpretação do direito, mormente as inúmeras discussões que se apresentam como infundáveis, continua, contemporaneamente, a partir do incremento da complexidade social e do surgimento de múltiplas concepções interpretativas destinadas a pôr fim neste debate, a produzir distorções sob a égide da ideia de correção do direito. As Constituições do segundo pós-guerra institucionalizaram, como representação da substituição dos princípios gerais do direito, os princípios constitucionais, de modo que, algumas concepções, com base nesses princípios, passaram a defender a correção do direito, pois, para elas, com essa positivação, havia se positivado valores e que, por isso, esses valores deveriam corrigir o direito. Neste sentido, se passou a considerar – equivocadamente – “que princípios são mandados de otimização, que o método da ponderação (sic) é o mais adequado para o enfrentamento da complexidade dos textos constitucionais e que a subsunção agora foi substituída pela ponderação (embora ela, a subsunção, ainda seja indispensável para os casos fáceis etc). É o que se diz por aí<sup>72</sup>”.

Diante disso, a problemática referente à interpretação advém dos métodos pelos quais se realiza esse feito. Conforme se discorreu no capítulo acima, há, no hodierno paradigma (principiológico), a utilização – mixagem teórica – dos métodos condizentes às velhas correntes interpretativas, é dizer, gramatical, teleológico, lógico-sistemático, histórico-evolutivo e axiológico, para se aludir à Savigny. Consequentemente, a utilização – tardia – desses métodos consubstancia-se, contrariando a lógica contemporânea, que é constitucional e principiológica, na adoção das correntes historicista e pandectista surgidas na Alemanha no século XIX. Da mesma forma, visualiza-se também a interpretação com vistas ao rompimento<sup>73</sup> da concepção “juiz-boca-da-lei” originária do positivismo clássico

---

<sup>72</sup> STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 2014, p. 196-197.

<sup>73</sup> Escuto muito em palestras – e leio em alguns livros – que, para estes autores “descobridores”, haveria dois tipos de juízes: o juiz-boca-da-lei a o juiz-dos-princípios. Aqui cabe o “mundo”, por assim dizer, uma vez que, no lugar desse juiz exegeta (positivista primitivo), a vulgata do “pós-positivismo” colocou o “juiz proprietário dos sentidos”, um juiz solipsista (Selbstsuchtiger). E por que isso acontece(u)? Porque o campo jurídico (no sentido

(exegético). “Ou seja, não é (mais) necessário dizer que o juiz não é a boca da lei etc. – enfim, podemos ser poupados, nesta quadra da história, dessas descobertas da pólvora<sup>74</sup>”.

Quando se fala de positivismo, faz-se imprescindível explicitar que, juntamente com essa concepção, advieram discricionariedades, cuja identificação remete à produção da norma por parte do juiz. E é neste cenário, qual seja, de positivismo normativista pós-kelseniano, que se estabeleceu a confusão relativa à forma pela qual Kelsen trata da interpretação. Assim, “alguns manuais chegam a apresentar a tese kelseniana de separação entre direito e moral na ciência do direito como o desligamento da moral com o direito, o que torna a aplicar a letra da lei uma atitude positivista. Kelsen, desse modo, segundo uma equivocada interpretação, teria sido um positivista que pregava uma interpretação pura do direito<sup>75</sup>”. Com isso, se sustenta, ainda, que para romper com esse formalismo<sup>76</sup>, exegetismo atribuído à interpretação Kelseniana, seria fundamental apostar, a partir dos valores estabelecidos socialmente, na capacidade do juiz como intérprete do direito.

Especificamente no Brasil, a compreensão equivocada daquilo que se convencionou chamar de pós-positivismo tem possibilitado, através de concepções progressistas, tornar o juiz um pragmático, mesmo após o vir a ser de um constitucionalismo democrático e principiológico. Parece, assim, que a Constituição de 1988, para esses juristas que nela – tardiamente – enxergam o legalismo exegético, não representa uma transformação-possibilidade para uma hermenêutica de cunho constitucional, principiológica e filosófica. Dito de outra forma, esse entendimento “positivista” que se tem no Brasil, parece transmutar-se em uma única experiência, qual seja, a do velho positivismo clássico (exegético). O desconhecimento em relação ao positivismo surgido na Inglaterra e na Alemanha e, sobretudo, a confusão existente entre o que é direito positivo e positivismo jurídico, perfazem o cenário jurídico e interpretativo brasileiro.

Tem-se, portanto, a compreensão da Constituição com base na ideia essencialmente equivocada de Código, aquela mesma do século XVIII, de que o ordenamento jurídico – codificado – não abarcava toda a realidade. Por isso, em tempos de Constituição e de princípios, dever-se-á substituir o legalismo exegético – que fora superado de há muito – pela Constituição Federal de 1988, pela hermenêutica filosófica, juntamente com a metáfora, proposta por Lenio Streck, da resposta<sup>77</sup> constitucionalmente adequada. A problemática atinente a esse equívoco

---

de Bourdieu) ainda não deslindou devidamente a problemática denominada “o que é isso, o positivismo jurídico?” *Ibidem*, p. 197.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> A partir disso, a confusão é interminável, chegando até aos debates no Supremo Tribunal Federal. Forma-se uma espécie de “estado de natureza da compreensão do direito”, em que cada um defende sua tese. Resultado: para “fugir” do formalismo exegético (porque, no imaginário dos juristas, positivismo é sinônimo de exegetismo), parcela considerável da doutrina acaba optando pelo relativismo (filosófico), ou seja, ao confundirem a verdade com um conceito apodítico, dizem que “a verdade é sempre relativa”. É o pragmatismo conquistando as últimas trincheiras do direito. STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 2014, p. 199.

<sup>77</sup> Em tempos de enfrentamento entre Constitucionalismo e positivismo (e os vários positivismos), é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo: como se *interpreta*, como se *aplica* e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta (constitucionalmente adequada), diante da (inexorabilidade da) indeterminabilidade do direito e da crise de efetividade da Constituição, problemática que assume relevância ímpar em países periféricos (que prefiro chamar de “países de modernidade tardia”, em que se destaca o Brasil) em face da profunda crise de paradigmas que atravessa o direito, a partir de uma dogmática jurídica refém de um positivismo, de um lado, exegetico-normativista, e, de outro, fortemente decisionista e arbitrário, produto de uma mixagem de vários modelos jusfilosóficos, como as teorias

subjaz a não compreensão, por parte da comunidade jurídica brasileira, de que até mesmo Kelsen, considerado por ela um positivista exegético, havia superado esse modo de compreender o positivismo. Ou seja, “Kelsen já havia superado o positivismo exegético, mas abandonou o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da ‘aplicação’. E nisso reside a ‘maldição’ de sua tese. Não foi bem entendido quando ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma interpretação ‘pura da lei’<sup>78</sup>”.

Por isso, a superação da literalidade da lei, por posturas discricionárias, tem dominado a interpretação do direito e acarretado, necessariamente, o afastamento do conteúdo dessa lei. “Esse é o problema hermenêutico que devemos enfrentar! Problema esse que argumentos despistadores como tal só fazem esconder, e, o que é mais grave, com riscos de macular o pacto democrático<sup>79</sup>”. Dessa forma, respeitar a integridade da lei é fundamentalmente respeitar a democracia. Também, é preciso explicitar que, quando se busca evitar a discricionariedade, isso não significa a proibição de interpretar, ou seja, o que se quer dizer é que, em democracia, não é permitido ao juiz atribuir sentidos – fruto de sua vontade – como se dele fossem. Dito de outra maneira, essa discricionariedade não pode transformar o juiz em legislador. “As coisas são reduzidas aos nossos conceitos e às nossas concepções de mundo, ficando à disposição de um protagonismo (intérprete *lato sensu*). Consequências disso? Inúmeras<sup>80</sup>”.

Assim, quando Kelsen (fatalista) apostara na discricionariedade estritamente institucionalizada no nível da aplicação do direito (juiz), ele buscara, com isso, preservar a pureza metodológica da ciência do direito. “Ou seja, se Kelsen faz essa aposta nesse ‘nível’, as diversas teorias (semânticas e pragmaticistas) aposta(ra)m na discricionariedade a ser feita ‘diretamente’ pelo intérprete/juiz<sup>81</sup>”. Todavia, a teoria pós-positivista criou uma mixagem da teoria kelseniana. Por outras palavras, criou-se uma metalinguagem e uma linguagem-objeto e, o juiz, guardião dos valores sociais, se tornou o encarregado que, por meio de um ato de vontade<sup>82</sup> e não de conhecimento, passaria a corrigir o direito. Com efeito, esse ato de vontade, para Kelsen, era uma fatalidade e não uma solução. Mas “para as correntes semanticistas passou a ser a salvação para as ‘insuficiências’ ônticas do direito<sup>83</sup>”.

A discussão em torno de positivismo e não positivismo atribuiu à ideia de não positivismo tudo aquilo que, de alguma forma, possibilitasse a superação do positivismo ainda entendido como exegético. No entanto, a superação conceitual do positivismo clássico (exegético) demonstrara a problemática existente na decidibilidade, pois, a partir do momento em que ocorreu a substituição do conceito de lei pelo de norma (Kelsen), compreendeu-se que a norma não está contida somente na lei, e sim, está contida, também, nas decisões. E é por isso que “Kelsen não foi superado pelos teóricos do direito justamente por não terem

voluntaristas, intencionalistas, axiológicas e semânticas, para citar apenas para citar algumas, as quais guardam um traço comum: *o arraigamento ao esquema sujeito-objeto*. STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, Livraria do Advogado, 2014, p. 411-412.

<sup>78</sup> STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 2014, p. 202.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> STRECK, L. L. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, Livraria do Advogado, 2013, p. 96.

<sup>81</sup> STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 2014, p. 203.

<sup>82</sup> Com isso, quem defende – consciente ou inconscientemente – o poder discricionário (e suas variantes) não se dá conta do grande dilema contemporâneo: quando superamos o formalismo racionalista, colocamos no seu lugar o voluntarismo. Só que nos esquecemos de explicar o modo pelo qual esse voluntarismo será contido ou controlado... Quem controla a vontade de poder? Quem nós colocamos no lugar do juiz-boca-da-lei? *Ibidem*, p. 206.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 204.

conseguido compreender o alcance nem da primeira fase da viragem linguística (neopositivismo lógico) nem de seu sequenciamento/aprimoramento (*o giro ontológico-linguístico*)<sup>84</sup>. Essa não superação acompanhada pela apropriação da teoria kelseniana, ou seja, da separação entre ato de vontade e ato de conhecimento, se consubstanciou no cerne da problemática<sup>85</sup> referente à decisão, de modo a relegar a interpretação à vontade do intérprete.

Por conta disso, em que pese se tratar de Brasil, houve e ainda há uma recepção equivocada de teorias estrangeiras. As carências relativas ao problema da teoria das fontes suscitaram e ainda suscitam uma discussão em torno do surgimento das Constituições (constitucionalismo) contemporâneas. A tradição liberal-individualista, originária da Alemanha e da França, prevaleceu diante da abertura para uma nova hermenêutica e uma nova teoria que, nesta quadra da história, o constitucionalismo proporciona. “A pergunta que se colocava era: de que modo poderíamos olhar o novo com os olhos do velho?”<sup>86</sup> Juntamente com as Constituições exsurge um novo paradigma jurídico, ao mesmo tempo em que não se tem uma teoria do Estado e uma teoria da Constituição adequadas para esse novo modelo constitucional. Com isso, apostou-se em teorias estrangeiras, de modo a apostar no juiz como protagonista decisional. Ademais, a recepção da Jurisprudência dos Valores, do Realismo norte-americano e da Teoria da Argumentação de Robert Alexy perfazem a lógica (descontextualizada) doutrinária e interpretativa (tribunalística) que vigora no Brasil.

Em um contexto de pós-Segunda Guerra Mundial, a Jurisprudência dos Valores surgiu, na Alemanha, como condição de possibilidade à interpretação voluntarista e principalmente como forma de descobrir os valores<sup>87</sup> socialmente estabelecidos. “Da confluência axiologista da jurisprudência dos interesses – especialmente a partir de Philipp Heck (que, aliás, inventou a expressão *Abwägung* – sopesamento ou ponderação) – e da jurisprudência dos valores exsurge a teoria da argumentação jurídica, de Robert Alexy, que busca, com sua tese, racionalizar a *Wertungsjurisprudenz*, tida como irracional<sup>88</sup>”. No que tange ao Brasil, é possível se notar que há um equívoco na adoção da Teoria da Argumentação Jurídica, pois, ao se traçar um paralelo entre Brasil e Alemanha, percebe-se a diferença entre as realidades.

Esse imaginário ainda não compreendeu o que realmente representa – hodiernamente – a Constituição. “A moral, nesse sentido, é normativa; a ética é que é axiológica (veja-se como essa questão afetará a teoria da argumentação jurídica, na questão dos valores a serem ‘sopesados’<sup>89</sup>”. Assim, a moral constitucional institucionalizou-se, fundamentalmente, nos princípios, de modo que esses princípios passaram a personificar o ideal – constitucional – de sociedade. “Os princípios – ou, se se quiser, a materialidade principiológico-constitucional – passam a compor, dessa maneira, o novo perfil da sociedade contemporânea, enquanto resposta às insuficiências jurídico-políticas decorrentes das fases’

---

<sup>84</sup> STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 2014, p. 206.

<sup>85</sup> Veja-se destarte, como é temerário falar sobre “hermenêutica jurídica”, positivismo, pós-positivismo, cognotivismo, não cognotivismo, realismo moral, pragmati(ci)smo etc. Quando Dworkin ataca o positivismo, está falando não do velho positivismo exegético e, sim, de outro positivismo, mais perigoso. Trata-se de um positivismo que coloca na discricionariedade (por que não dizer, na vontade, isto, na velha *Wille zur Macht*) do intérprete o poder de estabelecer os sentidos jurídicos. *Ibidem*.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 284-285.

<sup>87</sup> Daí a afirmação de um jus distinto da *lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a valores aparece, assim, como mecanismo de “abertura” de uma legalidade extremamente fechada. *Ibidem*, p. 286.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 285.

<sup>89</sup> STRECK, L. L. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas; Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*, Lumens Juris, 2009, p. 172.

anteriores do Estado e do direito. Falar de princípios significa: o direito passa a cuidar do mundo prático [...]”<sup>90</sup>

A discussão em torno do Ativismo Judicial (Realismo), que também tem permeado o entendimento dos juristas brasileiros no que diz respeito à decisão, remonta aos Estados Unidos. Com o advento da Constituição de 1988, a comunidade jurídica recebera as inovações trazidas por esse novo paradigma jurídico-político, de modo a compreender que a Constituição ampliara o papel político-institucional do STF<sup>91</sup>. “Esta circunstância repercutiu sobremaneira na forma de conceber a atuação dos juízes e tribunais, ocasionando, por esta via, a propagação de um ativismo judicial”<sup>92</sup>. A definição acerca de Ativismo Judicial no Brasil torna-se cada vez mais difícil, porquanto que em meio à diversidade de compreensões que surgem dessa temática e, juntamente com a necessidade de sistematização de todas as concepções<sup>93</sup> existentes, há também, posturas pragmaticistas edificadas a partir de mixagens teóricas. Em razão destas posturas, “[...] que se tornaram dominantes no plano da doutrina e da aplicação do direito no Brasil –, podem ainda ser referidas manifestações calcadas em pragmatismo dos mais variados [...]”<sup>94</sup>.

## Conclusão

Portanto, ainda que se esteja longe de qualquer conclusão relativa a direito positivo e direito natural, à Positivismo Jurídico e, fundamentalmente, aos rumos da interpretação-decisão jurídica no Brasil, no presente trabalho se pretendeu discorrer – brevemente – acerca de como surgiu o pensamento jurídico ocidental e, principalmente, de como ainda se decide – equivocadamente – diante de uma Constituição principiológica e da possibilidade proporcionada pela hermenêutica filosófica.

Perante a situação traçada, as modificações advindas da codificação representaram à época, um rompimento e, ao mesmo tempo, uma relação umbilical com as exigências que surgiam a partir dos anseios estabelecidos socialmente. No entanto, em tempos de Constituição, cuja promulgação deveria estabelecer um novo modo de interpretar-decidir, no Brasil, o juiz, acreditando na necessidade de superar o positivismo de cariz exegética, ou seja, algo que já fora ultrapassado por Kelsen, acaba por recepcionar teorias como a Jurisprudência dos Valores, a Teoria da Argumentação e o Realismo norte-americano (Ativismo Judicial) como ferramentas aptas a romper com o positivismo clássico.

Neste sentido, a aposta na discricionariedade, naquilo que tem possibilitado aos juízes tornarem-se os detentores do sentido da norma, diga-se isso, em tempos de superação da viragem linguística (neopositivismo lógico) e, por consequência, de seu sequenciamento, o giro ontológico-linguístico, boa parte dos os juristas, no Brasil, não compreendera que o juiz não pode, de maneira alguma, realizar, por meio de um ato de vontade, uma interpretação valorativa-subjetiva da

<sup>90</sup> STRECK, L. L. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas; Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito, *Lumens Juris*, 2009, p. 172.

<sup>91</sup> Como já mencionado, a doutrina brasileira concebeu as transformações ocorridas com o advento da Constituição de 1988 através da constatação da ocorrência de “ampliação do papel político-institucional do STF”. TASSINARI, C. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*, Livraria do Advogado, 2013, p. 33.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> [...] É possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. *Ibidem*.

<sup>94</sup> STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 2014, p. 289.

Constituição, de modo a desconsiderar democracia, o constitucionalismo e a moral-principlológica estabelecida (pela) e (na) Constituição.

### **Referências**

- BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.
- FERRAJOLI, L. A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- KELSEN, H. Teoria Geral das Normas. Porto Alegre: Editora SAFE, 1986.
- KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- LOSANO, M. G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LOSANO, M. G. Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- NEVES, A. C. Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros, v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- STRECK, L. O (pos-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória: n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010.
- STRECK, L. L. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- STRECK, L. L. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- STRECK, L. L. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas; Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2009.
- STRECK, L. L. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- SÓFOCLES. Antígona. Introdução, versão do grego e notas Maria Helena da Rocha Pereira. Brasília: UnB, 1997.
- TASSINARI, C. Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.