

A DEFESA DO POSITIVISMO JURÍDICO CIENTÍFICO E SUAS BASES RACIONAIS PARA A EVOLUÇÃO DO DIREITO NA MODERNIDADE

*Rubens de Lyra Pereira*¹

*Débora Lopes Miranda*²

RESUMO

No século passado há o florescimento no campo do direito do chamado Positivismo Científico Jurídico. Contrapondo-se às concepções naturalistas ou metafísicas de justificação da norma, esse positivismo tinha como objetivo principal a criação de um sistema independente e auto-suficiente da interpretação e aplicação da lei.

O positivismo científico que então se desenvolvia entendia serem possíveis as utilizações de princípios e regras universais e regulares para a aplicação e interpretação do direito, evitando qualquer tipo de arbítrio ou pessoalidade por parte do intérprete da lei. Dessa primeira característica, já é possível extrairmos uma qualidade inicial da ciência que se buscava desenvolver. O estabelecimento de regularidade para a interpretação das normas existentes, por si só, já teria o condão de evitar a aplicação casuística e personalista do direito.

Palavras Chaves: Positivismo; Direito; Racionalidade.

ABSTRACT

In the past century ago in the flourishing field of law called the Scientific Legal Positivism. Opposed to naturalistic or metaphysical conceptions of justification of the norm, that

¹ Graduado em Direito. Especialista em Segurança Pública, Cultura, Cidadania e Direitos Humanos. Mestrando em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense – UFF

² Graduada em Direito. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Especialista em Gestão Pública de Gênero e Raça. Mestranda em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense – UFF.

positivism had as main objective the creation of an independent and self-sufficient interpretation and enforcement system.

The scientific positivism that then unfolded understand are possible uses of regular and universal principles and rules for the application and interpretation of law, avoiding any kind of agency or personhood by the interpreter of the law. This first characteristic, it is possible we extract an initial quality of the science that sought to develop. The establishment of regularity for the interpretation of existing standards, by itself, would have the power to prevent the cases and personalist law enforcement.

Key words: Positivism; law; Rationality.

INTRODUÇÃO

O positivismo científico surge como alternativa ao chamado “Jusnaturalismo”. Esse sistema é fundamentado no chamado “direito natural”. As formulações e interpretações jurídicas são baseadas em elementos que antecedem a construção social. Utilizam-se, por vezes, elementos ontológico-metafísicos e toda a construção jurídica tem como objetivo a realização da justiça a que os homens tem direito *por natureza*.

Em segundo lugar, o positivismo científico irá se contrapor ao chamado “Empirismo Jurídico”. Trata esse segundo sistema de uma ética resolvida em casos particulares e dependente de regras costumeiras. Nesse ponto, há que se destacar a regularidade desenvolvida pelo positivismo científico e que até hoje é utilizada pelo direito na manifestação do *princípio da segurança jurídica*.

Assim sendo, o positivismo jurídico passa a deduzir as normas jurídicas exclusivamente a partir do sistema jurídico, ignorando elementos sociais, religiosos e políticos.

Apoiando-se nas concepções Kantianas do direito, Savigny e seus contemporâneos terão como premissa a concepção de que a ordem jurídica não constitui uma ordem ética mas a possibilita, tendo, portanto, uma existência independente.

O chamado positivismo científico jurídico surge no momento em que outras áreas do conhecimento também iniciam um processo de revisão de suas nomenclaturas e objetos de estudo. Podemos citar como exemplo o caso da metafísica clássica e da teoria do conhecimento que passam a ser chamadas por muitos como estudo da epistemologia científica. Toda autoridade e credibilidade passam a ser atribuídas ao provado cientificamente, transformando a ciência no único horizonte capaz de alcançar a verdade.

POSITIVISMO CIENTÍFICO EM GERAL, POSITIVISMO LEGAL E POSITIVISMO JURÍDICO CIENTÍFICO

Antes de iniciar a discussão detalhada sobre a validade positivismo jurídico científico na atualidade, cabe uma ressalva quanto à diferenciação entre o positivismo jurídico científico ora tratado e dois outros tipos de positivismo que, não raramente, são confundidos com o sistema em análise. Por diversas vezes, ataca-se o positivismo jurídico científico, utilizando características dos outros dois sistemas aqui em comparação, o que deve ser rechaçado como veremos.

O positivismo científico em geral foi o desenvolvido de forma mais contundente por Augusto Comte. Essa corrente positivista, de certa forma fundamentalista, limita qualquer tipo de explicação científica à observação dos fenômenos físicos e repele todo e qualquer elemento ideal ou racionalista.

O positivismo legalista é o que atribui todo o fenômeno jurídico ao texto da lei. Afirma que todo o direito é criado pelo legislador sob a égide estatal e devem ser ignoradas concepções e metodologias que ali não existam.

Nenhum dos dois sistemas comparados ao positivismo jurídico científico se coaduna com o a essência do sistema aqui defendido. O positivismo jurídico científico tem como cerne a aplicação do direito a partir de um sistema racionalmente concebido, dotado de regularidade interna e afastado de fenômenos externos sejam físicos ou metafísicos.

Asseverada essa diferenciação, não mais cabível é a crítica de que o positivismo jurídico científico se resumiria ao texto da lei ou a uma espécie de “fundamentalismo” que quer fazer da aplicação do direito um reflexo dos fenômenos físicos naturais.

O Positivismo jurídico científico irá se posicionar na busca de um ideal de justiça através da correta aplicação da norma. Essa aplicação dependerá do respeito à regularidade do sistema jurídico, protegido de interferências externas ou contingencialidades empíricas, como veremos.

PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO POSITIVISMO CIENTÍFICO JURÍDICO.

A primeira característica que há de ser destacada é a de o sistema ter como premissa a constituição de um sistema fechado. Os conceitos jurídicos gozariam de princípio permanentemente válidos, espécies de axiomas sobre a forma correta de aplicar o direito.

Os defensores do Positivismo Jurídico Científico desenvolvido no século passado têm a crença de que o sistema é completo em si próprio. Aplicando correta e logicamente o sistema, este conduziria necessariamente a uma decisão justa.

O segundo atributo do sistema em comento é a chamada plenitude do sistema. O positivismo jurídico científico se desenvolve através de uma sistemática plena de justiça, utilizando-se de conceitos altamente desenvolvidos.

Por conseguinte, veda-se a atividade criadora do juiz. O magistrado passa a ser mero ordenador da norma ao caso concreto e de forma limitada. Limitação imposta pela racionalidade do próprio sistema, completo em si mesmo e que não admite qualquer tipo de ativismo judicial inovador.

Nesse ponto, devemos destacar mais uma vez o avanço histórico na direção do estabelecimento da segurança jurídica. As críticas atuais à insegurança e imprecisão da eleição da hermenêutica moderna como solução única para a aplicação do direito se coadunam com o atendimento aos pressupostos principiológicos estabelecidos pelo sistema jurídico, de modo a limitar eventuais abusos hermenêuticos, justificados das mais variadas formas.

A terceira característica do positivismo jurídico a ser destaca nesse tópico é a vinculação da formação dos juízes aos ditames técnicos da própria ciência. O juiz é ensinado de forma sistemática e através de estritos treinos conceituais. Mais uma vez busca-se a regularidade na formulação de um sistema seguro, protegido de casuísmos por parte do magistrado. Esse só seria justo através da aplicação da boa técnica, agindo de forma dependente aos princípios racionais estabelecidos pelo sistema.

PRINCIPAIS CRÍTICAS AO POSITIVISMO CIENTÍFICO JURÍDICO

A primeira grande crítica dirigida ao positivismo científico jurídico desenvolvido é endereçada ao hermetismo do sistema. Na atualidade, se torna inconcebível o isolamento proposto pelo cientificismo jurídico. É impossível falarmos em formulação, legitimação ou

aplicação da norma sem relaciona-la com os demais ramos das humanidades, dentre os quais destacam-se a ética, a política e a economia.

No entanto, há que se ter em mente o desafio que enfrentava o racionalismo jurídico no momento da sua concepção. O positivismo jurídico científico emerge como alternativa às formas ontológicas naturalistas de fundamentação do direito e da política. Injusto seria não ser reconhecida a importância histórica do caminho inicialmente trilhado pelo sistema.

Refutando elementos externos e à época nocivos aos objetivos de justiça e equidade, o positivismo jurídico consegue instalar uma racionalidade sistêmica, iniciando a formulação de uma ordem jurídica segura e confiável. O sistema, ainda que inicialmente através de uma ruptura isolacionista, propicia ao direito o estabelecimento da autonomia de uma ordem jurídica.

Outra crítica normalmente dirigida a essa sistemática é sobre a formação limitadora dos magistrados. Modernamente, o juiz é tido como intérprete da lei e criador da norma no caso concreto. Em sua gênese, o sistema não concebia a atividade interpretativa fora dos mecanismos de racionalidade do próprio sistema. Corolário da crítica ao isolacionismo, será a crítica à atividade hermenêutica concebida apenas no interior do sistema. Valioso é o ensinamento de Habermas ao analisar o papel da hermenêutica na teoria do direito moderna:

A hermenêutica tem uma posição própria no âmbito da teoria do direito, porque ela resolve o problema da racionalidade da jurisprudência através da inserção contextualista da razão no complexo histórico da tradição. E, nesta linha, a pré-compreensão do juiz é determinada através dos *topoi* de um contexto ético tradicional. Ele comanda o relacionamento entre normas e estados de coisas à luz de princípios comprovados historicamente. A racionalidade de uma decisão deve medir-se, em última instância, pelos *Standards* dos costumes que ainda não se coagularam em “normas”, pelas “saborias jurisprudenciais que antecedem a lei”.³

³ Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Volumes I, 2ª edição. Tradução Flávio Beno Siebeneichler- UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 248.

O LEGADO DO POSITIVISMO CIENTÍFICO JURÍDICO

O primeiro grande avanço a ser pontuado na passagem para o positivismo jurídico científico é o de prestigiar o uso da racionalidade no sistema formulado. Ainda que limitado pelas barreiras do próprio sistema, o uso da razão na aplicação da lei já pode ser tido como um enorme avanço para toda a teoria do direito. Como afirmado, a busca da justiça passa a se vincular a processos autônomos e racionais, desvinculados de quaisquer interferências externas. Sobre a importância da fundamentação racional da ordem jurídica, evitando-se o casuísmo e as decisões costumeiras e assistemáticas, vale o ensinamento de Habermas:

De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito.⁴

Outro avanço histórico a ser pontuado foi o alinhamento do sistema jurídico com as necessidades políticas e econômicas da época liberal, viabilizando o desenvolvimento industrial. Ainda que de forma inconsciente e dizendo ser isento de qualquer influência externa, a blindagem do positivismo jurídico científico ao casuísmo e intervencionismo estatal, propiciou o desenvolvimento econômico liberal. O capital ganha segurança para se desenvolver e multiplicar livre do humor do governante do momento, já que as decisões jurídicas passam a ser mais confiáveis e previsíveis dentro do sistema racional ora instituído.

Mais um avanço a ser pontuado é o de ter propiciado a garantia da unidade da dogmática jurídica, do ensino do direito e da formulação da jurisprudência. O século XIX é permeado pelas grandes codificações do direito. Passa-se à formulação sistemática da legislação, comparam-se as leis e floresce um verdadeiro estudo científico do direito.

⁴ Ibidem, p.

As codificações e sistematizações se iniciam no direito privado. No entanto, os princípios jurídicos desenvolvidos para aplicação nesse ramo do direito são paulatinamente utilizados por diversos ramos do direito moderno. As tradições do positivismo científico são utilizadas pelo direito social e público, dentre outros.

A PASSAGEM DO POSITIVISMO JURÍDICO CIENTÍFICO PARA O POSITIVISMO LEGALISTA

Valendo-se dos avanços trazidos pelo positivismo jurídico científico, acompanhamos, na modernidade, a passagem para o chamado positivismo legalista. A aplicação e a interpretação do direito são direcionadas a uma exegese quase literal do direito posto.

Como afirmado na diferenciação entre o positivismo jurídico científico e o positivismo legalista, o primeiro é vítima de críticas dirigidas às características do segundo, criando falsa percepção sobre a racionalidade que se faz presente no positivismo científico.

Adotando uma concepção ligada exclusivamente ao positivismo legalista, entende-se que o poder emana exclusivamente da vontade do povo. As formulações legais devem derivar unicamente das opções legislativas. Nessa concepção, a criação da norma ou sua interpretação com o ideal de justiça quedar-se-á inevitavelmente rechaçada. Os ideais de racionalidade, interpretação sistêmica e principiológica defendidos pelo positivismo jurídico científico caem por terra, dando azo à mera subsunção do fato ao previsto pela lei criada pelo representante do povo.

Com o positivismo legal, anos de cultura científico-jurídica são abandonados. Merece destaque o problema trazido pelo abandono do ideal de justiça. A escolha da maioria, traduzida nas formulações legislativas, nem sempre consiste na opção que mais se aproximará ao ideal de

justiça. Sob a aparente legitimidade legislativa, abre-se espaço para eventuais abusos do poder legislativo, visto que a legitimação e a criação da norma concreta para solução da querela apresentada estarão absolutamente vinculadas ao texto legal.

Não são raros os casos em que grupos mais poderosos econômica ou juridicamente acendem ao poder e agem estrategicamente na busca de seus próprios interesses. Em diversos casos, há a manipulação das opiniões das maiorias em prol de formulações legislativas que privilegiem uma minoria hegemônica.

Ainda que não ocorra tal manipulação, a solução jurídica construída pela opinião da maioria nem sempre será a mais justa. Com o argumento “democrático” da prevalência da opinião majoritária, muitas vezes esmaga-se a minoria dissidente, sem assegurar o mínimo de participação ou representatividade na questão jurídica em debate.

Com muita freqüência o direito confere a aparência de legitimidade ao poder ilegítimo. À primeira vista, ele não denota se as realizações de integração jurídica estão apoiadas no assentimento dos cidadãos associados, ou se resultam de mera autoprogramação do Estado e do poder estrutural da sociedade; tampouco revela se elas, apoiadas neste substrato material, produzem por si mesmas a necessária lealdade das massas.

Entretanto, os limites à autolegitimação do direito são tanto mais estreitos quanto menos o direito, tomado como um todo, pode apoiar-se em garantias metassociais e se imunizar contra a crítica.⁵

Nos sistemas democráticos modernos há o reconhecimento dessa problemática, motivo pelo qual há a preocupação nos sistemas políticos de assegurar a participação das minorias e evitar através de mecanismos diversos a manipulação das opções legislativas.

⁵ Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Volumes I, 2ª edição. Tradução Flávio Beno Siebeneichler- UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 62.

O RACIONALISMO JURÍDICO NA ATUALIDADE, O PARADOXO DA LEGITIMAÇÃO DO DIREITO ATRAVÉS DA LEGALIDADE.

A teoria do direito atual é herdeira dos avanços galgados pelo positivismo jurídico científico. Logicamente, não cabe mais na atualidade o isolacionismo proposto pelo positivismo jurídico científico em sua gênese.

A despeito disso, há que ser reconhecida a presença do direito positivado nas relações de interpretação e aplicação do direito. A cotidianidade do jurista é permeada por remetimentos aos textos legais, relegando à hermenêutica mais sutil os chamados “casos difíceis” e outras situações para as quais a previsão legal se faça deficiente.

Entendido como intérprete e criador da norma no caso concreto, o magistrado se valerá da interpretação hermenêutica moderna mas sempre em consonância com princípios racionalmente construídos e fundamentados no sistema jurídico vigente.

Essa noção sistêmica, principiológica e racionalista não é incompatível com a aplicação moderna do direito. Ao revés, se torna um seguro caminho a ser hodiernamente seguido, buscando uniformidade na interpretação e aplicação dos mandamentos legais.

Quanto à fundamentação do sistema legislativo, entende-se modernamente que a democracia é que terá o condão de desempenhar tal função. O princípio democrático irá funcionar como sustentáculo do direito e esse último como garantidor da democracia.

Através da positivação dos direitos fundamentais e principalmente dos direitos de participação democrática, o direito positivo também é legitimado pela formulação e participação democráticas. Ao mesmo tempo em que se fundamenta na democracia, o direito garante

procedimentalmente a permanência das possibilidades discursivas inerentes ao regime democrático.

Dessa forma, o direito e a soberania popular funcionarão em um sistema de legitimação recíproca. Ao mesmo tempo em que a soberania popular e a participação de todos os envolvidos confere legitimidade ao mandamento legal, este atua na garantia procedimental de manutenção da participação democrática, visto que positiva os direitos de participação popular pelo sufrágio e demais formas de participação democrática.

Essa concepção de fundamentação recíproca entre direito positivo e soberania popular é a defendida por Habermas, ao formular sua teoria acerca da legitimidade fundadora dos regimes jurídicos:

O direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apóia no princípio da soberania do povo. Com o auxílio dos direitos que garantem aos cidadãos o exercício de sua autonomia política, deve ser possível explicar o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade.⁶

O paradoxo exposto por Habermas ao asseverar que a legitimidade do direito será fundada a partir da própria legalidade, opera uma guinada nas concepções até então existentes em relação aos fatores legitimadores.

Como pontuado acima, o positivismo jurídico científico, isolando o sistema jurídico das fundamentações ontológicas, traduz um avanço histórico na gênese de um sistema racional. No entanto, tradicionalmente se vê criticado por ignorar a necessidade de legitimar o ordenamento jurídico em elementos externos como a política ou a sociedade.

⁶ Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Volumes I, 2ª edição. Tradução Flávio Beno Siebeneichler- UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 114.

No paradoxo acima exposto, a legalidade, entendida como direito positivado, será legitimadora e legitimada pelo sistema. Tendo como premissas a garantia dos direitos humanos e o procedimentalismo inerente à preservação da participação democrática, a legalidade funcionará com uma espécie de elemento integrador entre a moral e a democracia, como nos ensina novamente Habermas:

Os direitos do homem, fundamentados na autonomia moral dos indivíduos, só podem adquirir uma figura positiva através da autonomia política dos cidadãos. O princípio do direito parece realizar uma mediação entre o princípio da moral e o da democracia.⁷

Por fim, cabe asseverar que a validade das normas se dará no direito positivado racionalmente através de formulações democráticas que estejam em consonância com a prática discursiva. A liberdade comunicativa presente nos processos democráticos de formulação do direito é também herdeira do racionalismo inicialmente proposto pelo positivismo jurídico científico, já que ambas as concepções trabalham com a lógica de construção de normas através de princípios e procedimentos racionais. Vale a transcrição de formulação desenvolvida por Habermas quanto ao princípio do discurso:

De acordo com o princípio do discurso, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais. Os direitos políticos procurados têm que garantir, por isso, a participação em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação, de modo que a que a liberdade comunicativa de cada um possa vir simetricamente à tona, ou seja a liberdade de tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis. À juridificação simétrica do uso político de liberdades comunicativas corresponde o estabelecimento de uma formação política da opinião e da vontade na qual o princípio do discurso encontra aplicação.⁸

CONCLUSÃO

Por todo o aqui exposto e defendido, inevitável será o reconhecimento dos importantes avanços galgados com o desenvolvimento do positivismo jurídico científico ainda presentes no ordenamento jurídico.

⁷ *Ibidem*, p. 127

⁸ *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Volumes I, 2ª edição. Tradução Flávio Beno Siebeneichler- UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 164

A maior parte da aplicação do direito é tida com base na legislação infraconstitucional através da racionalidade defendida inicialmente pelo positivismo jurídico científico.

Na interpretação do direito posto, não há que se falar na opção exclusiva por um dos sistemas existentes. Há sim a junção oportuna dos ensinamentos das teorias positivistas e hermenêuticas, aplicando-lhes quando e no que for cabível.

Inquestionável é a importância do uso da hermenêutica altamente elaborada para a resolução de conflitos dotados de maior complexidade e que demandem análise minuciosa por parte do jurista.

No entanto, diariamente nos valemos da aplicação da racionalidade defendida no positivismo jurídico científico. Racionalidade que roga pela constituição de um sistema jurídico seguro, sem casuísmos ou ontologias.

Essa racionalidade nos afasta da postura do positivismo legalista, unicamente cientificista, defendida pelo positivismo estritamente legislativo e inspirada na filosofia desenvolvida por Augusto Comte.

O positivismo jurídico científico, baseado nas premissas de desenvolvimento racional não se espelha nas ciências da natureza e procura aplicar a lógica desta última ao sistema jurídico.

Busca-se, na verdade, o reconhecimento da racionalidade como o vetor que guiará a formulação de um sistema seguro. Racionalidade que é a defendida pela tradição Kantiana e que foi modernamente aprimorada por Habermas. Racionalidade do sistema jurídico que, ainda que posta necessariamente em diálogo com a fundamentação moral e com a soberania popular, será

instrumento essencial à formulação e interpretação hodierna do direito positivado, evitando-se a insegurança jurídica ou a adesão às formulas ilógicas de resolução dos conflitos sociais.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa. Volumes I e II. Version castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madri: Taurus, reimpressão 1988.

_____. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade.** Volumes I e II, 2ª edição. Tradução Flávio Beno Siebeneichler- UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo.** Tradução Guido A. de Almeida. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003 (Biblioteca Tempo Universitário nº 84: estudos Alemães).

_____. **A inclusão do outro.** Tradução George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SIEBENEICHER, Flávio Beno. Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito, Moral, Política e Religião nas sociedades pluralistas: entre Apel e Habermas.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

ZAFFARONI, E. Raul. Estructuras Judiciales. Buenos Aires: Ediar editora, 1994

WEACKER, Franz. História do Direito Privado moderno. Lisboa: Fundação Calouste, 1980