

Às voltas com o positivismo primevo: as vertentes, as antíteses e a CHD diante da ineficiência do positivismo jurídico

*Pedro Ernesto Neubarth Jung**

*Luciana Coletti***

Resumo: O juspositivismo em suas três principais vertentes e antíteses tem se mostrado relevante para a compreensão e aplicação do Direito na contemporaneidade? É com base nessa questão que pretende-se abordar os problemas que se fizeram presentes, ao longo da história, na Teoria do Direito, assim como expor a respeito da importância da adoção de uma Teoria da Decisão, que leve a uma resposta constitucionalmente correta. Para tanto, realizar-se a presente pesquisa sob a ótica de uma abordagem qualitativa, através de consultas na doutrina, destacando-se, ainda,

* Graduado em Direito pela Universidade Feevale. Mestrando em Direito no PPGD da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e atua como pesquisador nos projetos de pesquisa *Teoria do Direito e Diferenciação Social na América Latina, Autoorganização do sistema jurídico: Comunicações e Autorreferência entre Brasil e Chile* e *Teoria do Direito e Evolução Social* (UNISINOS). Advogado. E-mail: <pedroneubarth@gmail.com>.

** Graduada em Filosofia pela Universidade de Passo Fundo (UPF), mestra e doutora em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Atualmente atua como professora na Universidade Feevale.

a utilização do método fenomenológico-hermenêutico, com intuito de se realizar uma revisão crítica dos temas tratados através da linguagem, a qual não é analisada meramente em um sistema fechado, mas em um plano de historicidade.

Palavras-chave: Filosofia do direito. Positivismo clássico. Hermenêutica. Resposta correta.

1. Introdução

As decisões judiciais exigem cada vez mais reflexões por parte dos aplicadores do Direito, sejam eles magistrados, professores e legisladores, uma vez que o cidadão tem o direito de obter uma resposta correta e em conformidade com a Constituição. Diante desse fato, estaria o positivismo clássico, em suas vertentes e antíteses, tendo relevância para a compreensão e aplicação do Direito na contemporaneidade?

Desse modo, lançando mão das lições da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), desenvolvida pelo jusfilósofo Lenio Streck, tentaremos, a partir de uma matriz teórica que compreende de forma paradigmática os avanços filosóficos, apontar a superação das respostas discricionárias juspositivistas, sob a ótica da Resposta Adequada à Constituição, proposta igualmente pelo professor, que busca eliminar o objetivismo e o subjetivismo do julgador através do oferecimento de uma resposta constitucionalmente correta às demandas levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, livres de opiniões ou impressões pessoais do juiz ou de qualquer outro critério que não seja jurídico.

Para tanto, se adentrara, inicialmente, as três principais correntes e antíteses juspositivistas, isto é, a Escola da Exegese até o Realismo Jurídico, transitando ainda pela Jurisprudência dos Conceitos e dos Interesses, visando analisar seus nuances teóricos e discorrer acerca dos problemas que se fizeram presentes nessas mesmas teorias, principalmente no tocante a discricionariedade judicial.

Enfim, quanto a metodologia utilizada, será adotada o método fenomenológico-hermenêutico, conforme formulado por Heidegger, a fim de buscar uma revisão crítica dos temas tratados através da linguagem, a qual não é analisada meramente em um sistema fechado, mas

no plano da historicidade, implicando numa “desleitura” do conteúdo temático, propiciando a obtenção de conclusões da presente pesquisa (STEIN, 2017, p. 159-178).

1. As escolas francesas

A Escola da Exegese originou-se na França e perdurou por praticamente todo século XIX, caracterizando-se, em sentido mais geral e mais amplo, por ser a forma de se entender o Direito como o conjunto de textos legais sistematizados em Códigos, especialmente o Civil, bem como a submissão desses a uma estrita hermenêutica exegética que culminava em uma determinação dogmática (NEVES, 1995, p. 181).

A ideia de codificação é produto da cultura racionalista, precisamente das ideias iluministas que se encarnaram em forças histórico-políticas e que deram a essa um lugar na Revolução Francesa, período esse em que adquiriu consistência política (BOBBIO, 1995, p. 64, 67). No entanto, posto de lado tal concepção voltada ao Estado nacional, há que se considerar aqui, sobretudo, os desígnios jurídicos presentes na Escola da Exegese, pressupostos esses constatados no *jusnaturalismo* (filosófico-jurídico), no *legalismo* (político-jurídico) e propriamente dito na *codificação* (cultural-jurídico) (NEVES, 1995, p. 181).

De acordo com Castanheira Neves (1995, p. 182), essas duas primeiras pressuposições serviam como base para se compreender a terceira que era regida pela ideia de que o Código, em “[...] seu sentido cultural e juridicamente específico, implicava que esse não fosse mera coletânea de leis, mas um *corpus* legislativo que se propunha, de modo racional, sistemático e unitário, a regulamentação total e exclusiva [...]”.

Nessa toada, é importante destacar que os fundadores da Escola da Exegese interpretavam o Código com a ajuda dos recursos jurídicos que estavam a sua disposição, do seu raciocínio e das tendências filosóficas (BONNECASE, [S.d.], p. 43), partindo assim da convicção da existência de um legislador universal, capaz de ditar leis válidas a todos, em qualquer tempo ou lugar, bem como do fato de que caso os intérpretes se deparassem com possíveis lacunas, deveriam recorrer ao espírito desse legislador. Em outras palavras, a concepção de um direito simples e unitário se constituiu uma forte influência do Direito Romano (BOBBIO, 1995, p. 63-89).

O professor Lenio Streck (2014, p. 34), nessa senda, escreve a respeito da interpretação, nesse primeiro momento, do positivismo jurídico francês que:

A principal característica [...], no que tange ao problema da interpretação do direito, será a realização de uma análise que, nos termos propostos por Rudolf Carnap, poderíamos chamar de sintática. Nesse caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a “obra sagrada” (Código) seria suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. Assim, conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso, que representaria as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas.

Desse modo, se constata que caberia ao juiz apenas se pronunciar sobre a vontade da lei, declarando-a com base nos fatos brutos que passariam a ser descritos como Direito, situação essa que claramente torna assentada a tese da separação entre o Direito e a Moral (STRECK, 2017, p. 170-171). Não obstante, a Escola da Exegese entrou em declínio no final do século XIX, ocasião essa em que começou a ser substituída por uma compreensão translegal do direito, que os autores franceses denominavam *l'école scientifique* (NEVES, 1995, p. 190).

A Escola da Livre Investigação Científica ou *l'école scientifique*, foi baseada em algumas concepções exegéticas acrescidas da tríplice distinção entre a ciência (que era o estudo das fontes reais das regras do direito e seus princípios, ou seja, o estudo dos elementos geradores das regras do direito, tanto em si mesmo quanto nas diretrizes permanentes ou contingentes), a técnica (que consistia no conjunto de meios de qualquer natureza, pelos quais se elaboravam, transformavam, aplicavam e extinguíam as regras do direito e também a linguagem do direito) (BONNECASE, [S.d.], p. 208 e 209) e o método, que de acordo com Bonnacase ([S.d.], p. 210, tradução nossa) é:

[...] constituído por las directrices que sigue el espíritu para percibir y conocer un objeto cualquiera del conocimiento humano, y llegar a poseerlo. En cierta forma existen tantos métodos como ciencias hay, y quizás sea más exacto decir que todos los métodos se emplean simultánea, o sucessivamente en cada ciencia. Podría

creerse que la idea de método está ligada de manera absoluta a la idea de técnica y que, por consiguiente, el método, en materia de Derecho Civil, pertenece esencialmente a la técnica del Derecho Civil. Pero esto es erróneo. El método desempeña su función, tanto a propósito de la técnica, como de la ciencia del Derecho [...]¹

Outrossim, se constata que a livre investigação se caracterizou também por ser a escola positivista que buscou distinguir o direito e a lei, isto é, entre as fontes reais e as formais, desvinculando, dessa forma, o jurista ao texto da lei. Ou melhor dizendo, essa situação concede ao jurista uma maior liberdade de interpretação através da dispensa de tentar compreender a vontade do legislador universal (BONNECASE, [S.d.], p. 210).

Maria Helena Diniz (2005, p. 63), nessa linha, doutrina a respeito da escola da investigação livre, onde não é submetida a ideia de uma autoridade positiva, sendo abordada como científica em virtude das bases sólidas presentes aos elementos objetivos da ciência jurídica. A escola da livre investigação científica se baseava, portanto, em três princípios: o da autonomia da vontade; o da ordem e interesse público; e o do justo equilíbrio ou harmonização dos interesses privados. A partir dessas três linhas de pensamento, incumbe ao aplicador ponderar a respeito dessas, pesando na balança da justiça a fim de saber qual delas deve prevalecer no caso concreto, tendo em vista as convicções sociais vigentes.

Ocorre que, em virtude do temor de se apresentar um novo olhar dogmático à Escola da Exegese, a Escola da Livre Investigação Científica tardou a advir, sendo em muitos momentos tida como uma tentativa de renovação da doutrina da Escola da Exegese. Contudo, irrefutavelmente, essa se tratou de uma revolução conservadora que veio acompanhada de alguns elementos exegéticos (BONNECASE, [S.d.], p. 248-249).

Após este breve esclarecimento acerca das Escolas Francesas passa-se a discorrer sobre a Jurisprudência dos Conceitos e dos Interesses, positivismos que ocorreram de forma paralela na Alemanha.

1 “[...] representado pelas diretrizes que seguem o espírito de perceber e conhecer qualquer objeto do conhecimento humano, e vir a possui-lo. De certa forma, existem tantos métodos como ciências, e poderia talvez ser mais preciso dizer que todos os métodos são usados simultaneamente, ou sucessivamente em cada ciência. Poderia se pensar que a idéia de método está absolutamente ligada à idéia de técnica e, portanto, o método, em termos de Direito Civil, pertence essencialmente à técnica do Direito Civil. Mas isso é errado. O método desempenha sua função, tanto em relação à técnica como à ciência do Direito [...]”.

2. A jurisprudência dos conceitos e dos interesses

Paralelamente ao surgimento da Escola da Exegese na França, surgiu na Alemanha durante o século XIX, a Jurisprudência dos Conceitos, com igual influência do Direito Romano. Em virtude do modo como esse era operado (STRECK, 2017, p. 103), a Jurisprudência dos Conceitos se baseava no juízo geral de que aquilo que não pudesse ser solucionado pelo direito o seria segundo critérios oriundos dos juristas (STRECK, 2013, p. 86).

Tal inclinação voltada à solução dos problemas do direito pelos juristas, se deu em virtude de a Alemanha se encontrar em um período de grave crise jurídica. Destarte, se buscou remediar tal declínio por meio da promoção do renascimento do direito científico através do direito. Tal renascimento teve o intuito de se ascender a ciência jurídica a um patamar mais vigoroso por meio do trabalho desses estudiosos, face a crise jurídica que vivia a Alemanha (BOBBIO, 1995, p. 62).

Não obstante a realização desse olhar histórico, se destaca que o controle sobre a produção do direito nessa primeira proposta de positivismo jurídico, se encontrava nas mãos dos professores, que lhe confeririam um tratamento lógico e conceitual-sistêmico na criação do direito, diante da constatação de que a ciência jurídica fosse algo capaz de produzir direito válido, assim como os costumes e a lei (STRECK, 2017, p. 103-104). Esse modelo positivista conceitual, de acordo com Mario Losano (2010, p. 339), tornaria a ciência jurídica “uma fonte de direito e, portanto, o estudioso sistematizador elevar-se-ia a uma posição superior à do legislador positivo.”

Para tanto, se pode idealizar uma pirâmide conceitual suprema, onde em seu cume se encontraria o conceito mais geral possível, sendo que a partir desse, todos os conceitos abaixo poderiam chegar até ele. Logo, cada conceito inferior seria resguardado pelo seu superior, se valendo de todas as afirmações sobre esse para o posterior, bem como ao fato de o conceito supremo dar origem a todos os demais (STRECK, 2017, p. 104).

No entanto, mesmo diante dessa pretensão de se reerguer o sistema jurídico Alemão, com base na capacidade dos estudiosos do direito, é possível averiguar que a Jurisprudência dos Conceitos sofreu, já nesse período, diante do surgimento de problemas relativos à interpretação

desse “texto sagrado com “o *dado* positivo com o qual deveria lidar [...]”. De algum modo se perceberia que aquilo que está escrito nos Códigos não corresponde com realidade” (STRECK, 2013, p. 87).

Lenio Streck (2017, p. 108) doutrina, assim, quanto aos problemas do interprete na decisão, na Jurisprudência dos Conceitos:

A técnica inicial de decisão que servirá como mecanismo de aplicação do Direito será a conhecida subsunção. Nesse caso, opera-se dedutivamente da premissa maior que é a Lei em direção à premissa menor, o caso. Esse aspecto lógico abstrato – que será apelidado depois de conceitualista – está na base de movimento culturais da Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffjurisprudence*). Desse modo, o Direito é dotado de uma imanente racionalidade, constituindo-se numa unidade ideal, fechada e completa e, assim, não admitindo lacunas. Por isso, o papel do intérprete era o de fazer apenas uma revelação, uma extração do sentido já dado. É o que denominou e interpretação como *Auslegung*. Os grandes códigos civis do século XIX serão [...] pensado (no caso da Jurisprudência dos Conceitos) tendo a decisão judicial como resultado desse procedimento estritamente subsuntivo de acomodação do caso judicial ao suporte fático previsto na legislação.

Desse modo, a derrocada da Jurisprudência dos Conceitos se deu por falha à pretensão de “[...] excluir do Direito a dimensão de realidade que ele, enquanto ciência social que é, necessariamente possui. A Lógica pode muito bem estar presente em um sistema jurídico, definindo e explicitando relações entre normas, mas isso não significa que esse sistema seja constituído somente por ela [...]” (CURY; MARÇAL, 2009, p. 7142). Buscando superar as posturas metodológicas baseadas nos ideais filosóficos racionalistas presentes no positivismo conceitual, surgiu, nesse ínterim, igualmente na Alemanha e de forma protagonista, a Jurisprudência dos Interesses, com intuito de lutar pela abertura do sistema do direito à realidade existente de fora do texto (STRECK, 2017, p. 109).

A Jurisprudência dos Interesses surgiu na primeira metade do século XX, com o anseio de realizar os estudos sociológicos necessários a fim de que, com esses, fosse possível ao legislador criar a lei que realmente preenchesse as eventuais lacunas existentes. Em outros verbos, esse positivismo buscava superar as posturas metodológicas presentes nos ideais filosófico-racionalistas, através da realização de uma ponde-

ração capaz de identificar os interesses que socialmente devessem prevalecer (STRECK, 2017, p. 109).

Esse positivismo era compreendido ainda através da sua “[...] luta pela restrição da vontade judicial e pelo regresso ao espírito da lei e da vontade do legislador [...]. O bem comum, segundo essa Escola, foi definido pelo Legislador, e, por este motivo, deve ser seguido como roteiro de atuação pelo juiz [...]” (SOUSA, 2010, p. 190). Destarte, diante da constatada orientação sociológica presente na Jurisprudência dos Interesses, se assevera que esse obteve uma boa receptividade, face:

[...] realização dos fins práticos a que se destinava e, ainda, por ter, gradativamente, solapado o espaço ocupado pelo formalismo lógico do sistema dos conceitos jurídicos abstratos. A resistência e crítica aos excessos lógicos permitiu o desenvolvimento de novos enunciados. A despeito das críticas enfrentadas, e a ausência de preocupação direta com a questão do valor, embora naturalmente presente no ambiente social, aquele movimento metodológico promoveu, no âmbito da hermenêutica, formulação progressiva para alcançar a meta principal, compromissada com a ideia de realidade. Assim, os fatos sociais, os eventos da vida em sociedade, os interesses dos indivíduos e dos grupos sociais, são o centro gravitacional da proposta metodológica que obtém êxito ao consolidar os resultados práticos, defendidos como ponto vital do modelo. (NASSER FERREIR; LIMA, 2007, p. 284)

Lenio Streck (2017, p. 111), nesse passo, ensina em relação ao aduzido período positivista e o decisionismo que esses tinham como fim a solução de conflitos de interesses, sendo que os aludidos interesses em conflito, estavam condicionados ao ambiente legislativo e jurisdicional, cabendo ao juiz recompor os interesses que estavam presentes na lei, agindo de forma ponderada diante dos interesses em conflito, nas hipóteses em que houve uma lacuna legislativa. Denota-se, também, que o legislador não seria capaz de prever todos os possíveis conflitos de interesse, motivo esse pelo qual era incumbido ao juiz a tarefa de preencher tais lacunas, através de investigações históricas do interesse e do interesse exteriorizado do ato legislativo.

Por fim, quanto às críticas a essa corrente positivista, salienta-se que estavam essas relacionadas à falta de determinação quanto ao delineamento dos critérios para o estabelecimento dos interesses (SOUSA, 2010, p. 192).

Encerrada essa segunda etapa que abordou os positivismos primeiros alemães, se tratará na próxima, a respeito das tradições jurídico inglesas, mais conhecidas como Jurisprudência Analítica e Realismo Jurídico.

3. As tradições jurídico inglesas e suas correntes

Inicialmente há que se expor que o direito inglês se formou a partir de um elevado apego às experiências judiciais concretas, repudiando, por assim dizer, as experiências letradas. Todavia, em que pese não tenha ocorrido na Inglaterra uma codificação propriamente dita, esse país acabou por ser o lar de um dos maiores expositores da codificação, a saber, Bentham (BOBBIO, 1995, p. 91-92).

Destarte, a Jurisprudência Analítica, em sua primeva corrente proposta por Bentham, foi uma escola voltada à ideia da existência de um legislador universal capaz de estabelecer leis racionais válidas para todos os homens, através de uma “[...] prescrição jurídica como um comando dotado de autoridade e imposto pela vontade do soberano em uma comunidade política [...]”, concepção essa que se distanciava “[...] da teoria jusnaturalista [...] que era, inequivocamente, dominante em seu tempo na Inglaterra [...]” (BUSTAMANTE, 2015, p. 310-311), em virtude do conservadorismo histórico de suas elites, bem como por uma variedade de circunstâncias políticas e também ao fato de os ingleses associarem os códigos a tudo que lhes era repulsivo (CAENEGEM, 2010, p. 34).

O positivismo analítico defendia a ideia de que o Direito deveria ser analisado pelo que ele é e não pelo que ele deveria ser. Seu caráter científico se encontrava diante da necessidade de ser considerado um fato e não um valor, o que dava força à ideia equivocada de cisão entre direito e moral, que era tida como um campo da valoração (STRECK, 2017, p. 169).

Salienta-se, também, que essa corrente objetivava a reorganização do direito inglês em seus vários ramos, através do desenvolvimento de um sistema jurídico formado por regras de direito que constituiriam os princípios fundamentais do ordenamento jurídico inglês, objetivo esse que demonstrava a preocupação dos fundadores dessa corrente com a democracia, que a seus olhos, só poderia ser efetivamente alcançada

através da codificação (CAENEGEM, 2010, p. 69) e que seria realizada em três partes: o direito civil; o direito constitucional; e direito penal. Esse processo, segundo eles, deveria ser universal, ou seja, não deveria servir apenas para a Pátria Inglesa, mas também a todo o mundo civilizado (BOBBIO, 1995, p. 94-95).

Não obstante o que foi até aqui exposto, Thomas Bustamante (2015, p. 310-311) escreve a respeito do positivismo inglês:

[...] é visto como extremamente coerente com sua filosofia utilitarista e com seu projeto de sociedade. Essa leitura tem, também, a virtude de esclarecer algumas importantes diferenças entre Bentham e Austin, [...]. Embora os dois autores (Bentham e Austin) compartilhem a mesma descrição da natureza da norma jurídica e da autoridade do soberano, há uma diferença crucial entre eles. A “teoria da legislação” (*censorial jurisprudence*) praticamente desaparece em Austin. Este autor interpreta o princípio da utilidade, por exemplo, não no sentido revolucionário e reformista que Bentham originalmente utilizava (é dizer, como um instrumento racional para criticar as instituições vigentes e para propor reformas políticas), mas em um sentido diametralmente oposto. Austin adotava um utilitarismo teológico segundo o qual a vontade de Deus e o princípio da utilidade coincidiam, e o utilizava como uma descrição apoloética do próprio *common law* e de práticas políticas com que Bentham jamais poderia compactuar. [...] a teoria do direito se tornara descritiva, analítica, despidida de qualquer função normativa.

Desse modo, se constata que a segunda corrente do positivismo analítico, proposta por Austin, acreditava, além da existência de uma diferença entre o direito e moralidade (BOBBIO, 1995, p. 106), também na ideia de que essa possuía, em sua concepção, a juízo de que os comandos proferidos pelo soberano seriam destinados a uma comunidade específica, porém, poderiam esses também serem criados pelos juízes, diante da impossibilidade das regras preverem a totalidade das hipóteses fáticas (STRECK, 2017, p. 169).

O jusfilósofo Lenio Streck (2017, p. 169-170) expõe, nessa toada, quanto a prática judiciária na Jurisprudência Analítica:

Bentham era um ferrenho crítico do modo como os juízes decidiam na Inglaterra. Chamou o Direito Inglês de Direito para

cachorro (*Dog Law*). Explicou que o modo como se aprendia o Direito Inglês era do mesmo modo que um cachorro aprendia a não fazer algo: apanhando. Por isso Bentham foi um defensor da codificação buscando uma maior segurança jurídica. Por outro lado, Austin não só aceitava a *judge-made law* como a achava positiva, [...]. Isso, todavia não significa que Austin repudiava a codificação. Pelo contrário, entendia como necessária, pois todas “as decisões judiciais que não aplicam os estatutos são meramente arbitrárias” [...]. De qualquer forma, observa-se que antes mesmo de Hart a questão da discricionariedade já era reconhecida e aceita, ainda que com ressalvas. Austin foi um dos principais nomes da Jurisprudência Analítica, que procurava pensar o Direito a partir de critérios lógico-descritivos a fim de identificar seus conceitos e categorias, que seriam deduzidos de modo empírico e factual dos ordenamentos positivos e da prática judiciária.

Diante de tais constatações, assevera-se que o positivismo analítico em sua segunda corrente poderia ter sido separado em duas teorias: a primeira relacionada à legislação, centrando-se em como deve ser o direito, e a segunda em uma teoria da jurisprudência, se ocupando da descrição do direito normativo por parte do Judiciário (BOBBIO, 1995, p. 109-112). No entanto, como já exposto, a Jurisprudência Analítica não foi bem recepcionada à época pela sociedade inglesa, deixando margens para o surgimento do Realismo Jurídico estadunidense e escandinavo, na primeira metade do século XX, de forma antagônica ao positivismo analítico.

O Realismo Jurídico surgiu na primeira metade do século XX e, como já mencionado, foi dividido em dois movimentos, quais sejam o realismo norte-americano e o realismo escandinavo (STRECK, 2017, p. 245). De forma geral, o Realismo Jurídico podia ser compreendido como uma técnica operacional segundo a qual o direito é o que o intérprete diz o que ele é, o que acabou por abrir caminhos para discricionariedade e decisionismo. Dito de outro modo, uma aposta no ativismo judicial por meio de uma crença no protagonismo dos juízes, onde esses, dentro de uma pluralidade de opções corretas fornecidas pelo ordenamento jurídico, estaria autorizado, mediante um ato de vontade, a escolher uma delas a partir do seu exclusivo arbítrio (STRECK, 2017, p. 246).

A versão estadunidense do realismo era identificada pela adoção das seguintes posições por seus adeptos: a) manter sua atenção nas mu-

danças e não sobre o caráter estático da realidade jurídica; b) afirmar que os juízes exercem uma atividade criativa sobre o Direito; c) o Direito ser concebido não como um fim, mas como um meio para alcançar objetivos sociais; d) assumir uma atitude científica direcionada à observação dos fatos sociais; e) em sua concepção, o conjunto de regras jurídicas não se coloca como principal objeto de análise pela Ciência do Direito; e f) criticar os conceitos jurídicos tradicionais e as normas entendidas em sentido tradicional, bem como, advogar que essas últimas nada mais seriam que profecias a indicar o que os tribunais provavelmente irão fazer (STRECK, 2017, p. 245).

Já a versão escandinava do realismo se destacava pela adoção dos seguintes posicionamentos: a) além dos pontos em comum ao realismo norte-americano, o realismo escandinavo foi uma corrente de pensamento voltada para a pesquisa teórica; e b) um súbito vazio nas especulações metafísicas no campo do Direito e da moral, para quem o Direito nada mais era que um conjunto de fatos sociais, reduzido a um único mundo, o da realidade empírica, o Direito, portanto, deveria ser compreendido como um fato social, cuja existência e descrição somente podem ser equacionadas em termos puramente fáticos, sensíveis e empíricos, sem a necessidade de se recorrer a princípios apriorísticos, morais, racionais ou ideológicos (STRECK, 2017, p. 245-246).

A despeito do até aqui exposto, Lenio Streck (2017, p. 247) destaca ainda em relação ao realismo jurídico:

[...] os realistas contemporâneos são mais coerentes com o empirismo que os do século XIX, ao não admitirem outra realidade que não o fato empírico. Os realistas, assim, são mais positivistas que os próprios positivistas do século XIX e os contemporâneos pós-hartianos. Por isso, os realistas são positivistas fáticos [...], que conta com traços, necessariamente de um positivismo psicológico, daí a aproximação do realismo com o Direito livre e as correntes voluntaristas. Em comum: a lei (textos jurídicos) são apenas manifestações metafísicas (conceitos em coisas). Por isso a validade só ocorre com a decisão jurídica. A discussão entre os realistas residirá no modo como essa decisão é construída e como ela servira para o futuro para novas decisões.

Nesse íterim, se percebe que para ambas as correntes a norma jurídica servia apenas como uma diretriz, como um plano de viagem

que devia ser preenchido pelo juiz. Além disso, a ciência jurídica era incapaz de conhecer as normas, o que a transforma num elemento para o realismo (STRECK, 2017, p. 246-247). Pode-se dizer, ainda, a respeito dos realistas, que esses recusavam a autonomia do Direito, defendendo a ideia de que o texto legal seria apenas como um conjunto de enunciados metafísicos que cumprem tão somente a função retórica de justificar as decisões do juiz e que essas são justificadas basicamente na vontade desses, considerando fontes dessa vontade, todos os motivos que o influenciam na hora de tomar a decisão (STRECK, 2017, p. 245-250).

Enfim, independentemente de qual seja a matriz adotada, se percebe que ambas as correntes são inquestionavelmente anti-hermenêuticas, o que coloca em segundo plano a produção democrática do Direito, bem como ao fato de poder se afirmar que ambas se aproximam de posturas não interpretativas, uma vez que a figura do legislador passa a ser também do juiz, que a cumpriria como se fosse um ser divino (STRECK, 2017, p. 248).

4. A crítica hermenêutica do direito

As três principais vertentes e antíteses do positivismo primevo buscaram estabelecer uma teoria descritiva do direito, não se preocupando em desenvolver uma teoria da decisão, o que acabou por conferir certa liberdade aos juízes para pronunciarem decisões de acordo com o seu melhor entendimento, cindindo-se inclusive o Direito da Moral.

O juspositivismo, desse modo, passou por diversas readaptações ao longo da história, permitindo com que sobrevivesse até os dias atuais (STRECK, 2017, p. 205) e indo onde “[...] a teoria do Direito procurou os elementos para dar legitimidade ao Estado Democrático de Direito e toda sua arquitetura (formal e material)” (TASSINARI, 2017, p. 140). Porém, essa busca desencadeou um distanciamento da postura crítico-reflexiva do direito, não se adequando, assim, aos anseios contemporâneos.

Diante desses fatos, o professor Lenio Streck (2013, p. 429) questiona a respeito da importância de uma hermenêutica jurídica que acolha qualquer resposta judicial como um ato de vontade e que tolere inúmeras respostas a um mesmo caso concreto ou, ainda, que admita que o direito seja aquilo que o juiz diz que é!

Nessa esteira de pensamento, a elevada liberdade concedida ao julgador pelas correntes juspositivistas clássicas, coloca em perigo o Estado Democrático de Direito tão pleiteado, fazendo surgir debates a respeito da existência de respostas corretas, que funcionariam como um remédio contra à discricionariedade e não uma proibição da interpretação (STRECK, 2013, p. 429), como defendida por algumas correntes, mas sim, o pronunciamento coerente e compatível com o texto constitucional e não com base em convicções pessoais, pelos juízes que as proferem, acerca dos conflitos levantados.

O que estaria “umbilicalmente relacionada a exigência de fundamentação que é um direito fundamental de cada cidadão, que aguarda uma resposta coerente (adequada à Constituição)” (STRECK, 2013, p. 430) ao seu caso concreto. Clarissa Tassinari (2017, p. 145), nesse ínterim, escreve a respeito da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD):

[...] Lenio Streck cria um movimento que denomina de Crítica Hermenêutica do Direito. Com isso, o jusfilósofo busca reconhecer a importância das transformações filosóficas para uma adequada e crítica concepção do fenômeno jurídico, mas, ao mesmo tempo, revela os equívocos existentes em propostas que meramente buscam se apropriar dos elementos da Filosofia sem uma adequada contextualização às particularidades do sistema jurídico.

A CHD, portanto, busca estabelecer uma teoria da decisão judicial pautada no dever de fundamentação das decisões, diferentemente das teorias juspositivistas clássicas que se direcionam apenas para uma teoria do direito, sem se preocupar com o modo como os juízes decidem ou com se preocupar com a decisão judicial, acabando assim por delegar ao magistrado o preenchimento de vácuos interpretativos, o que leva, por conseguinte, ao problema da discricionariedade (STRECK, 2013, p. 432).

Ainda, no que se diz respeito a CHD é importante se destacar que nela:

[...] o juiz não deve “explicar” aquilo que o “convenceu” ... Deve, sim, explicitar os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a

melhor para aquele caso (mais adequada à Constituição ou, em termos dworkinianos, correta), num contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao Direito da Comunidade Política. (STRECK, 2013, p. 433)

Há, portanto, uma clara diferença entre decidir como um ato de responsabilidade política, e julgar como um ato de razão prática de órbita cotidiana (STRECK, 2017, p. 253), motivo esse pelo qual é possível se afirmar que a CHD elevou o sistema do Direito a um novo patamar, avançando no que se diz respeito à crítica jurídica voltada a interpretação normativa (ROCHA, 2013, p. 25).

Desse modo, o professor Lenio Streck (2017, p. 206), no tocante à hermenêutica filosófica de Gadamer, aliada a teoria de Dworkin sobre a integridade do Direito, desenvolveu sua teoria como forma de se demonstrar ao intérprete do direito a importância de se proferir uma resposta correta, nos termos da Constituição, a CHD não busca assim distinguir casos fáceis de casos difíceis, bem como não separa a interpretação da aplicação do direito, pois objetiva apresentar a existência de resposta constitucionalmente adequada, através da superação do objetivismo e subjetivismo do magistrado.

Para se alcançar essa resposta adequada, faz-se imprescindível a análise de um conjunto de critérios indagativos, a partir da verificação de quando o Poder Judiciário é obrigado a aplicar uma determinada lei (STRECK, 2017, p. 258), assim como as hipóteses em que o magistrado poderá deixar de aplicá-la, quais sejam:

[...]: (i) quando a lei for inconstitucional, ocasião em que deve ser aplicada a jurisdição constitucional difusa ou concentrada; (ii) quando estiver em face dos critérios de antinomias; (iii) quando estiver em face de uma interpretação conforme a Constituição; (iv) quando estiver em face de uma nulidade parcial com redução de texto; (v) quando estiver em face da inconstitucionalidade com redução de texto; (vi) quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio, ocasião em que a regra perde sua normatividade em face de um princípio constitucional, entendido este como um padrão, [...]. (STRECK, 2017, p. 258-259)

De forma complementar as hipóteses elencadas, existem ainda 05 (cinco) princípios que são fundamentais à decisão jurídica proferida

pelo magistrado: i) o princípio da preservação da autonomia do direito; ii) o princípio do controle hermenêutico da interpretação constitucional – a superação da discricionariedade; iii) o princípio do respeito à coerência e à integridade do Direito; iv) o princípio do dever fundamental de justificar as decisões; e v) o princípio do direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada (STRECK, 2017, p. 259).

Nessa senda, considerando as etapas a se seguir para alcançar uma resposta adequada a Constituição, Lenio Streck (2014, p. 353) assevera que para a CHD “[...] a Constituição faz a diferença. Por isso, uma vez compreendida devidamente a questão do sentido que tem a Constituição [...], torna-se mais fácil entender as razões pelas quais uma resposta será correta [...] e outra será incorreta [...]”, a teoria do professor, portanto, não busca descobrir a existência uma única resposta, nem ao menos a melhor, mas sim, de uma resposta constitucionalmente correta, livre de juízos arbitrários por parte dos magistrados (STRECK, 2013, p. 433), que “ao tomarem suas decisões, devem sentir-se politicamente constrangidos pela comunidade de princípios que constitui a sociedade” (TASSINARI, 2017, p. 149).

Por isso que a partir de uma decisão fundamentada no cumprimento da Constituição, se estará superando a discricionariedade judicial e rompendo com posições solipsistas – que fragilizam a força normativa –, cumprindo assim o papel Constitucional (TASSINARI, 2017, p. 150), bem como constatando-se o fato de que os julgadores não são os senhores do direito, conforme defendiam algumas correntes juspositivistas clássicas, que incorreram em vícios que se fazem presentes, de certo modo, até hoje em virtude dos ensinamentos das correntes positivistas primavas.

5. Considerações finais

Verifica-se que o presente trabalho discorreu acerca do positivismo jurídico primevo, com ênfase em suas 03 (três) principais correntes e antíteses, apresentando, ainda, as propostas da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), representando uma matriz teórica que compreende de forma paradigmática os avanços filosóficos, com fim de apontar a superação das respostas discricionárias juspositivistas, através de uma teoria da decisão.

Para tanto, inicialmente, tratou-se das principais correntes positivistas clássicas e suas nuances teóricas, bem como das correspondentes correntes antagônicas, iniciando-se a abordagem pela Escola da Exegese e a Escola da Livre Investigação Científica, passando pela Jurisprudência dos Conceitos e dos Interesses, até chegar a Jurisprudência Analítica e o Realismo Jurídico. Outrossim, averiguou-se que as mencionadas correntes jurídico-positivistas representam um fenômeno multiforme, que, durante o transcorrer das eras, foi adquirindo novas características, destacando-se, principalmente, a discricionariedade no momento decisório.

Com tal identificação dos perigos do positivismo primevo, ingressou-se na temática da resposta adequada à Constituição, com intuito de se estabelecer alguns ditames para o julgador proferir uma resposta pautada nas normas constitucionais e não em suas impressões pessoais acerca do caso, afinal o ato decisório é um ato de responsabilidade política. Para tanto, tratou-se a respeito das 06 (seis) hipóteses propostas por Lenio Streck, em busca de se obter a resposta correta, que se apresenta absolutamente coesa para a concessão de pronunciamentos judiciais constitucionalmente adequados.

Concluiu-se, também, através da adoção do método fenomenológico-hermenêutico, que a Teoria do Direito é extremamente relevante, porém, não se pode deixar ao revés, a Teoria da Decisão. Não obstante, a resposta adequada à Constituição, proposta pelo jusfilósofo Lenio Streck, demonstra-se com um instrumento perfeitamente condizente a essa necessidade dos julgadores proferirem decisões com respeito ao Direito Fundamental da resposta adequada à Constituição Federal, despidida do subjetivismo e objetivismo que tanto maculam os atos decisórios contemporâneos.

Por fim, é imperioso destacar que a realidade contemporânea necessita de pronunciamentos judiciais comprometidos com o texto constitucional, não sendo concebível que teóricos permaneçam atentando apenas à Teoria do Direito, sem que a Teoria da Decisão receba a devida atenção, pois sem essa os julgadores estão por decidir de acordo com sua consciência, sem qualquer constrangimento epistemológico. Nesse ponto é que reside a extrema relevância da CHD, pois estabelece os limites à atuação dos aplicadores do direito, os quais devem permanecer adstritos aos mandamentos Constitucionais, exceto nas hipóteses em que os juízes encontrar-se-ão outorgados a deixar de aplicar a Lei.

6. Refrências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BONNECASE, J. *La escuela de la exegesis en derecho civil*. Trad. José Maria Cajica. [S.l.]: [s.n], [S.d.].

BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? *Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 20, n. 1, mar. 2015. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7204>>. Acesso em: 25 dez. 2017.

CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores*. Trad. Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CURY, Paula Maria Nasser; MARÇAL, Antônio Cota. *Uma releitura da escola da jurisprudência dos conceitos à luz do pragmatismo contemporâneo*. Florianópolis: CONPEDI, 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2339.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2017.

DINIZ, Maria helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: o Século XX*. Trad. Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2.

NASSER FERREIR, Jussara Suzi Assis Borges; LIMA, Maria Beatriz Gomes de. História do pensamento jurídico: hermenêutica e modernidade. *Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar*, v. 10, n. 2, jul. 2007. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/2025>>. Acesso em: 25 dez. 2017.

NEVES, Antonio Castanheira. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean (Orgs.). *Introdução à teoria do sistema auto-*

poiético do Direito. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SOUSA, Ileide Sampaio. Jurisprudência dos interesses e jurisprudência dos valores: características, diferenças, críticas e contributos à teoria dos direitos fundamentais. *Direito e Democracia*, Canoas, v. 11, n. 9, jul. 2010. Disponível em: <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2584>>. Acesso em: 25 dez. 2017.

STEIN, Ernildo. *A caminho do paradigma hermenêutico: ensaios e conferências*. Ijuí: Unijuí, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Na dacha, teóricos do mundo dizem: a verdade não está no enunciado!. *ConJur*, [S.l.], out. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-19/senso-incomum-dacha-teoricos-mundo-dizem-verdade-nao-enunciado>>. Acesso em: 25 dez. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Um encontro de titãs: Kelsen, Hart & cia analisam acórdão do STJ. *ConJur*, [S.l.], jul. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-07/senso-incomum-encontro-titas-kelsen-hart-cia-analisam-acordao-stj>>. Acesso em: 25 dez. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. Revista, modificada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014.

TASSINARI, Clarissa. Ensaio sobre as relações entre filosofia, teoria do direito e atuação do judiciário. In: STRECK, Lenio Luiz (Org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: Juspodivm, 2017.