

***A QUESTÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO.
CRÍTICA E ADEQUAÇÃO DA DOGMÁTICA
JURÍDICA NA COMPLEXIDADE DAS RELAÇÕES
HUMANAS.***

*Artigo apresentado pelo
Dr. Jorge Álvaro da Silva Braga Junior.
Especialização em Advocacia Pública.*

INDICE

1- Introdução	1
2- Questões Históricas acerca da Hermenêutica. Os Diversos Pensamentos	2
3- A Questão do Positivismo.Surgimento, Ratio do Pensamento e Principais Jusfilósofos	5
4- O Movimento Crítico ao Positivismo. A Era do Pós-Positivismo8
5- Adequação dos Critérios aos Debates Atuais.A Importância da Hermenêutica Jurídica face à Complexidade Atual. Era da Globalização	12
6- Referências Bibliográficas	15

1 – INTRODUÇÃO

O presente artigo não possui o condão de impor pensamento, que alcance um grau de asserção, não somente quanto a visão crítica do critério positivista, como também da moderna acepção da hermenêutica jurídica.

Como corolário de todas as mutações havidas nas relações humanas, iniciada pelo movimento para um “Direito Livre”, entendemos que, da mitigação a que se pretende as teorias empíricas e dogmáticas, exsurge, da própria vontade e aplicação das soluções dos conflitos, um amplo debate, a que se pretende a retórica.

Longe de alcançar um auditório universal idealizado por Perelman, e na esteira do favorecimento de se permitir uma ampla discussão acerca de se almejar uma justiça social, ousa este presente trabalho, com esforço, tentar compreender de forma singela, o liame entre estes diversos magnânicos e inovadores jusfilósofos, mesmo que, em nada lhes acrescentando, possa de alguma forma promover a lembrança e mais um assentamento de suas versões privilegiadas das relações humanas.

2 – QUESTÕES HISTÓRICAS ACERCA DA HERMENÊUTICA. OS DIVERSOS PENSAMENTOS

A hermenêutica, como conceito da compreensão, sempre será alvo de calorosos debates com vistas ao melhor método a que se predispõe os cientistas, com relação ao fenômeno estudado.

No campo específico das ciências jurídicas, maior relevância ainda se encontra a hermenêutica, como instrumento das soluções de diversas contradições, alcançando ou pretendendo alcançar, o justo pretendido, naquele determinado caso concreto.

Com a nomenclatura idealizada na mitologia Grega, onde Hermes, Deus de muita sapiência, era o único capaz de decifrar, e interpretar as mensagens divinas, enquadra-se nas denominadas “Ciências do Espírito”, importando nas dificuldades e nas inúmeras facetas de suas mutações, em se tratando do aspecto jurídico.

Para a melhor compreensão, e socorridos pelo estudo propiciado pela professora Margarida Maria Lacombe Camargo¹, necessário se faz, na análise histórica, consignarmos as diversas escolas do pensamento jurídico, permitindo uma maior articulação das pretensões do presente trabalho.

Iniciando com a Escola da Exegese, em nosso entender, a propulsora do positivismo jurídico, teve como base o Código Civil Napoleônico, e pretendia dar a maior valoração possível ao primado da lei, como único instrumento da solução de todo e qualquer conflito.

Justificando pelo posicionamento da época (1804), com bem exposto pela professora Margarida Camargo² (...) **a Escola da Exegese propugnam uma atuação restrita do Poder Judiciário, mediante o apeço excessivo as palavras da Lei. (...)”**

Dando uma excessiva valoração a interpretação literal da norma formal, pretendia a busca de uma suposta segurança nas relações jurídicas.

¹ CAMARGO, Margarida M. Lacombe.

Hermenêutica e Argumentação. Uma contribuição ao Estudo do Direito – 3ª edição – Ed. Renovar

Em contrapartida, surge na Alemanha, como uma forma de refutar tal conceito privilegiado da análise sistemática, a Escola Histórica do Direito, no século XIX.

Capitaneado em uma idéia de direito científico, empenha, com melhor ênfase, uma maior percepção do direito, retirando a rigidez própria da lei, em seus requisitos sistêmicos.

A Escola Histórica do Direito surgiu como uma crítica ao jusnaturalismo e a idéia de contrato social, sendo considerada a precursora do positivismo jurídico.

Segundo Norberto Bobbio³, **“...O que caracteriza, portanto, o historicismo é o fato de ele considerar o homem na sua individualidade, e em todas as variedades que tal individualidade comporta, em oposição ao racionalismo (um tanto quanto utilizado por comodidade no modo pelo qual os historicistas o representam) que considera a humanidade abstrata. (...)”**

Sobrevindo portanto, como oposição, como já dito, ao jusnaturalismo, tendo como maior filósofo Carlos Frederico Van Savigny, somente neste aspecto é que insurgiu como precedente do positivismo jurídico, uma vez que, a historicidade veio a perder sua importância com a relevância dada à dogmática jurídica.

² Obra citada, pág. 66

³ BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico
Lições de Filosofia do Direito. Ed. Ícone – pág. 48

3 – A QUESTÃO DO POSITIVISMO

SURGIMENTO, RATIO DO PENSAMENTO E PRINCIPAIS JUSFILÓSOFOS

O positivismo, como asseverado por diversos juristas, interveio na necessidade de empregar um cunho científico, mais regrado, que contivesse normas rígidas, impróprias para o surgimento de Juízo de Valores, incompatível com tais diretrizes científicas exatas.

Segundo Norberto Bobbio⁴, (...) **A ciência exclui do próprio âmbito os Juízos de valores, porque ela enseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os Juízos em questão não sempre subjetivos (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade (...)**”.

Portanto, para esta corrente do pensamento jusfilosófico, todo conceito de direito não comporta uma concepção valorativa e sim dos fatos, sendo lícito afirmar que dado a tal formalismo, sua única fonte de qualificação é a lei, norma formal, emanada da vontade do povo.

Neste aspecto, vale o elenco dos esclarecimentos dados por Margarida M. Lacombe Camargo⁵, ***verbis***:

***“(...) A vontade do Estado soberano prevalece, assim, sobre a vontade difusa da nação, e o direito positivo passa a reconhecer-se no ordenamento jurídico posto e garantido pelo Estado, como o direito respectivo a cada País (...)*”**

⁴ Obra citada, pág. 135

⁵ Hermenêutica e Argumentação. Ed. Renovar – pág. 89

No que concerne ao valor, aduz:

“(...) Dessa forma, a valorização do direito corresponderá também a critérios objetivos: bom é aquilo que o Estado quer e preserva como conduta obrigatória, e mau aquilo que não valorizou a ponto de incorporar à ordem jurídica (...)”

Não importava para tal pensamento, a realidade social ou a mutação da sociedade, e sim a imperatividade das normas postas pelo Estado.

Se contrapondo a tais conceitos, surge a crítica de Jhering⁶, calcado nas sucessivas progressões da Europa, que urgiam por mudanças, restando criada a chamada “Jurisprudência dos Interesses”, que propugna que o direito tinha que ter uma finalidade, abrangendo seu campo de aplicação.

Na esteira de tais mudanças, ocorre também o Movimento do Direito Livre, que segundo o livro de Margarida Maria L. Camargo⁷, consiste: ***“(...) A luta pela ciência do direito, quando defende a livre busca do direito em lugar da aplicação mecânica do legislador, prevista em Lei (...)”***

Inclinados por uma visão social, daí a denominação de sociologismo jurídico, o que importa apenas é alcançar o valor de Justiça.

Porém, tal conceito recebeu severas críticas, e em se tratando da ciência do direito, o pluralismo provocado, não somente gerou as incertezas e inseguranças, como também desestabilizou critérios estritamente jurídicos, das chamadas “Ciências do Espírito”.

⁶ Rudolf Von Jhering. Principal crítico ao Formalismo. Autor da obra A Luta pelo Direito - 1891

⁷ Obra citada. Pág. 98

Foi neste conflitante período que, coube ao jurista Austríaco Hans Kelsen, o retorno do formalismo jurídico com sua “Teoria Pura do Direito”, considerado como uma das maiores obras a colaborar na forma estrutural do ordenamento jurídico, concebido sob a forma de pirâmide hierárquica de normas positivadas.

Apesar do reconhecimento nos avanços advindos com tal teoria, podendo destacar a eficácia da lei no tempo, com conceitos nítidos de validade e vigência da norma, a estrutura em pirâmide tendo como ápice a Norma Fundamental, tal teoria, não fora bem recepcionada no conceito moderno de hermenêutica como será visto no tópico relativo ao movimento ocorrido após o positivismo Kelsiniano.

O formalismo é tanto, neste retorno ao positivismo, que todas as demais indagações perdem a importância, no relevo dado ao conteúdo da norma, nada significando a vontade do legislador, e sim por estar previsto na norma, e na conduta que deve ser procedida, quando impositiva.

Limitando ao extremo o processo criativo e interpretativo da norma jurídica, assevera tal procedimento como ato de “emoldurar-se”, o fato, na hipótese do significado da norma jurídica, desvinculada de qualquer valor ou preceito moral.

Já nesta explanação, verificamos que, a despeito da nítida e valorosa colaboração no que diz respeito à questão estrutural do ordenamento jurídico, o rigorismo proveniente do positivismo, não mais se coaduna com as múltiplas transformações de uma sociedade moderna, onde prepondera uma diversidade de relações jurídicas, que não encontrarão solução em um sistema emoldurado, de extrema rigidez, como proposto.

4 – O MOVIMENTO CRÍTICO AO POSITIVISMO. A ERA DO PÓS-POSITIVISMO

Como não poderia deixar de ser, em face da própria natureza humana da inquietação e busca de novos valores do pensamento, sobreposto a uma convivência em sociedade, insaciável na busca do alargamento dos horizontes, os adeptos ao legalismo ou formalismo jurídico, alcançaram severas críticas, ensejando o movimento, hoje ainda em pleno desenvolvimento, do chamado Pós-Positivismo.

O contexto histórico de tal movimento, sobreveio ao período Pós-Segunda Guerra Mundial, onde foram questionados o absolutismo imposto pela tese do positivismo, na onipotência da lei, sobre o primado de qualquer valor.

A experiência adquirida com os terríveis atos do nazismo, que se justificavam nas próprias leis por eles expedidas, como um conceito certo e imperativo do “devem ser”, demonstraram, a saciedade, que se apresenta impossível associar o direito, pura e simplesmente, pela lei, pois há postulados e princípios a ele inerentes, que dão o sustentáculo a sua finalidade social.

Na concepção de Chaim Perelman⁸, um dos maiores expoentes desta corrente Pós-Positivista, idealizador da Teoria da Argumentação e da “Nova Retórica”, assim já enfatizava:

“Os fatos que sucederam na Alemanha, depois de 1938, demonstraram que é impossível identificar o direito com a lei, pois há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõem-se a todos aqueles para quem o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por expressão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a Justiça.”

⁸ Pirelman, Chaim. Lógica Jurídica. Nova retórica. Ed. Martins Fontes. Pág. 95

Na abertura imposta com este novo conceito jurídico, devemos também destacar a colaboração de Theodor Viehweg⁹, que introduziu, juntamente com Perelman, o núcleo tópico-retórico, como instrumento de retomar a segurança e a ordem, refutando a arbitrariedade contida na aplicação absoluta do contexto da lei, e conjugando-a com valores inerentes a relação humana, não permitindo dissociar-se o Direito com o primado da Justiça.

Com a preocupação de não mistificar a retórica, em considerar vagas e não sólidas suas condições, enveredando pela necessidade de uma metodologia científica, faz entender que tais conceitos se completam através de procedimentos de tópica formal, daí sua importância.

Utilizada para descobrir as premissas e os contornos do direito postulado, impõe os parâmetros para a elaboração de uma compreensão lógica acerca do caso concreto, sempre em busca da solução do conflito.

Inferre, sobre um prisma do problema a ser solucionado em si, extraíndo dele a retórica ou a discussão necessária e argumentativa, para o assentimento do que Perelman denomina de “auditório”.

As premissas já aceitas, formam uma base de outra concepção problemática, servindo como tópico ou busca de premissas para a sua solução, não lhe sendo portanto, imputada como uma concepção absoluta, verdadeira ou certa.

Tomando a frente como uma das maiores expressões da filosofia do direito contemporâneo, Chaim Perelman, desenvolve, com mais precisão, a retórica como teoria da argumentação, dando conceitos mais seguros de seu estudo.

Importa sempre o argumento ou a razoabilidade, desde que devidamente justificados.

⁹ Autor da obra Tópica e Jurisprudência.

É a tópica valorativa em detrimento à postura rígida do formalismo jurídico.

Sempre preocupado com a realidade social, exsurge a “Nova Retórica”, como forma de alcançar a justiça, integrante dos conflitos típicos das relações humanas, com indicação de uma técnica argumentativa, que propiciou a lógica, dentro destes Juízos de valores.

Distancia-se totalmente da lógica formal, que impõe o positivismo jurídico, e busca na argumentação, os sedimentos de uma postura razoável e convincente, do problema apresentado pelo caso concreto.

Ressuscitando a retórica de Aristóteles, e explicando a noção de auditório, assim preconiza¹⁰:

“A noção de auditório é central na retórica. Pois um discurso só pode ser eficaz se é adaptado ao auditório que se quer persuadir ou convencer...”

Esta lógica do razoável, assume total importância nas atribuições específicas do Poder Judiciário, que passa, com esta novel concepção, a não se apresentar como um simples subordinado do Legislativo.

**5 – ADEQUAÇÃO DOS CRITÉRIOS AOS DEBATES ATUAIS.
A IMPORTÂNCIA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA FACE A
COMPLEXIDADE ATUAL.
A GLOBALIZAÇÃO**

Como já cediço, os debates promovidos, tomando por base os conceitos de Perelman e Viehweg, suscitaram pensamentos que enriqueceram a metodologia empregada, sendo o ápice das transformações das relações jurídicas.

As sucessivas mutações por que passam a existência humana, em complexo feixe de idéias progressistas, encerrando destinações específicas e individualizadas, traz também a miscigenação destes anseios, no comportamento e nas relações de relevância jurídica.

A literalidade da norma, não assume papel de preponderância, haja vista que, face sua generalidade e abstração, a subsunção do fato a previsão hipotética da norma, não põe fim as todas as probabilidades de se alcançar os valores nela embutidos.

Partindo de premissas ou primados de ordem valorativa, os conflitos se resolvem através do amplo debate argumentativo, onde na retórica, são apresentados os diversos segmentos do pensamento, que se acessíveis, podem corresponder a um senso comum, capaz de servir como tópico de primado, para as soluções de outros conflitos, que a despeito de suas peculiaridades, concentram valores similares aos discutidos no precedente.

Tal metodologia, acompanha a complexidade das mutações atuais, não delimitando ou impondo um caráter rígido a sua forma, e muito menos, e isso é preponderante, pretendendo mitigar sua eficácia.

¹⁰ Perelman. Obra citada. Pág. 143

O alcance dos valores, retrata o próprio mecanismo volitivo da experiência humana, na época em que se presta a argumentação, não se consistindo em preceitos imutáveis, adequando-se ao conceito uníssono, de um confronto argumentativo, que encerrou uma proposta convincente e plenamente justificável.

Aliás, neste aspecto da justificação da argumentação, melhor valia se destina as atribuições do Judiciário, como órgão propulsor das soluções dos conflitos.

Na mediação e aplicação dos métodos tópicos e da concepção valorativa, impulsiona os debates e as teses argumentativas que lhe trarão o convencimento de um resultado justo.

De suma importância, porém, de que tal resultado, não seja extraído da abstração ou da mera aplicação literal do dispositivo da norma formal.

O fomento à discussão encaminha para o enriquecimento do pensamento, e a ampla aceção dos valores e do próprio significado do conflito, que no exercício da metodologia, não permitira endurecer a visão científica, na pesquisa de ideais da própria existência humana, alargando sempre os horizontes postos e sobrepostos.

A globalização encontra críticas, no que diz respeito à hermenêutica jurídica, sob os aspectos da limitação de seu alcance, face a desarticulação das fronteiras.

De um lado, propício ao conservadorismo, encontra os que resguardam as peculiaridades inerentes a cada sociedade, em um apego ao sentimento nacionalista e na preservação cultural, com identificação étnica do povo.

Neste contexto, poderia se pressupor uma mitigação do alcance, a iniciar uma dogmática, ou o seu retorno, pois não se pretende a ampliação, e sim a restrição.

A técnica argumentativa e principalmente o “auditório”, encerraria, uma adequação aos princípios de Perelman, em maiores soluções, constituindo, portanto, em uma acepção universal.

Por outro lado, calcado nos valores universais adstritos ao mínimo existencial ou a dignidade humana, se reportando aos ensinamentos históricos que precedem que qualquer rigidez enseja uma crise no sistema, a valorar uma retórica como solução dos conflitos, na segurança advinda do senso comum, a globalização, como movimento precursor universal, poderia, em toda a práxis argumentativas, e na metodologia tópico-retórico, assentar e desmistificar os meta-direitos, ou os valores máximos da existência humana, com especial atenção a todas as mutações desenvolvidas pela sociedade moderna, com ênfase a preservação, do meio-ambiente, como pressuposto desta mesma existência.

O dimensionamento universal da retórica, calcados em precedentes metodológicos e não na abstração próprias das evasivas, poderiam incitar uma real corporação do princípio da igualdade, que permitisse, verdadeiramente, equilibrar as desigualdades e alcançar enfim a Justiça, como dínamo condutor dos demais valores condizentes com o fato de “ser” humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAMARGO, MARGARIDA MARIA LACOMBE
Hermenêutica e Argumentação
Uma Contribuição ao Estudo do Direito
3ª edição – Editora Renovar
- BOBBIO, NORBERTO
O Positivismo Jurídico
Lições de Filosofia do Direito
Editora Ícone
- PERELMAN, CHAIM
Lógica Jurídica
Editora Martins Fontes
São Paulo – 2004