XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

SÉRGIO FIUZA DE MELLO MENDES FILHO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314
Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA
Coordenadores: Juraci Mourão Lopes Filho ; Sérgio Fiuza de Mello Mendes Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-873-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

A presente publicação traz os textos apresentados em grupo de trabalho que contou com abordagens diversas dos assuntos inerentes a sua temática, que podem ser agrupados em estudos de teoria pura, com reflexão e aprofundamentos de categorias teóricas e conceitos, e de aplicação de concepções teóricas para enfrentar aspectos dogmáticos ou problemas práticos do Direito brasileiro.

Na primeira categoria de reflexão teórica, em que de um modo geral se identifica o estudo de um determinado autor ou de uma teoria geral para problemas de definição e concepção de categorias jurídicas, tem-se texto sobre o pensamento de Karl Popper para o Direito processual e a construção de uma teoria da decisão; a revisão dos conceitos de regras, obrigações e normatividade em Herbert Hart; o uso da Crítica Hermenêutica do Direito para controle da discricionariedade judicial; a unificação de padrões éticos e morais em Dworkin e abordagem sobre o ativismo judicial. Como pano de fundo, os trabalhos identificam o que é o Direito, seus limites com a Moral, quais os contornos de seus conceitos fundamentais e suas fontes, bem como qual a lógica e racionalidade que subjazem na ciência jurídica.

Por sua vez, no grupo de artigos que tomam elementos teóricos para resolver problemas jurídicos próprios da realidade brasileira, há texto utilizando e aplicando a teoria de Robert Alexy para investigar a coerência em julgamento do Supremo Tribunal Federal; as concepções de Direito e Moral do positivismo inclusivo para, então, determinar a proteção trabalhista no país; o uso da teoria da norma em Kelsen para definir a regra matriz tributária no Sistema Tributário Nacional; investigação da implementação de políticas públicas pelo Judiciário por meio de processos estruturais; os efeitos de precedente do Supremo Tribunal Federal para mães e filhos no cárcere no Estado de Sergipe e mesmo o estudo dos precedentes de uma maneira geral no Brasil.

Como se observa, os trabalhos que compõem o presente volume demonstram a qualidade da pesquisa nacional em torno do assunto, com viés crítico e aprofundado sobre temas de relevância não só teórica como também para solução de questões práticas.

Com isso, esperamos que o leitor tenha o maior proveito possível.

Juraci Mourão Lopes Filho – UNICHRISTUS

Sérgio Fiuza de Mello Mendes Filho - CESUPA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O COTEJO ENTRE O POSITIVISMO ÉTICO E A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

THE COUPLE BETWEEN ETHICAL POSITIVISM AND THE HERMENETIC CRITICISM OF LAW: CRITICAL CONSIDERATIONS ON JUDICIAL DISCRICTIONITY

Paulo Thiago Fernandes Dias [1]
Sara Alacoque Guerra [2]

Resumo

Tom Campbell e Jeremy Waldron prescrevem o Direito como este deve ser em uma sociedade democrática, a partir de valores morais, constituindo uma agenda político-normativa, esta vertente ficou conhecida como positivismo normativo, prescritivo ou, ainda, ético. Valendo-se de pesquisa bibliográfica, estuda-se essa corrente positivista em relação à objetividade dos juízos morais e da discricionariedade judicial, partindo da Crítica Hermenêutica do Direito formulada por Lenio Streck, que defende a criação de limites ao poder interpretativo dos juízes

Palavras-chave: Positivismo normativo, Positivismo ético, Crítica hermenêutica do direito, Decisão judicial, Arbitrariedade

Abstract/Resumen/Résumé

Tom Campbell and Jeremy Waldron prescribe the law as it should be in a democratic society, based on moral values, constituting a political-normative agenda, this aspect became known as normative, prescriptive or ethical positivism. Using bibliographic research, this positivist current is studied in relation to the objectivity of moral judgments and judicial discretion, starting from the Hermeneutic Criticism of Law formulated by Lenio Streck, who defends the creation of limits to the interpretative power of judges

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Normative positivism, Ethical positivism, Hermeneutic critique of law, Judicial decision, Arbitrariness

[1] Doutorando em Direito Público (PPG/UNISINOS); Mestre em Ciências Criminais (PPGCRIM/PUCRS); Professor de Direito Penal na Universidade CEUMA e de Direito Processual Penal na Faculdade UNISULMA-IESMA; Advogado

[2] Doutoranda em Direito Público (PPG/UNISINOS); Bolsista CAPES; Mestra em Ciências Criminais (PPGCRIM/PUCRS); Pós-graduada em Processo Penal pela faculdade Anhanguera; Advogada

INTRODUÇÃO

Após as contínuas críticas de Dworkin ao positivismo descritivo de Hart, observou-se o surgimento de obras nas quais os teóricos do direito procuraram adaptar o positivismo jurídico ao contexto "pós dworkiniano". Neste contexto, surgem três novas perspectivas para o positivismo jurídico: o positivismo inclusivo, exclusivo e o normativo ou ético. Sobre essa última, destacam-se Jeremy Waldron e Tom Campbell, que serão objetos da presente investigação científica.

A partir da perspectiva do positivismo normativo, que pode ser observado como uma retomada da influência utilitarista de Bentham[1], o positivismo jurídico não mais pretende descrever objetiva e imparcialmente o Direito enquanto fato social. Tom Campbell e Jeremy Waldron rompem a barreira do positivismo descritivo, uma vez que se preocupam com o que o direito deve ser a partir de pressupostos políticos e morais[2]. É possível dizer que esta corrente defende a tese de que a determinação do que é o direito depende, necessariamente, das considerações morais sobre o que ele deveria ser.

Nesse sentido, o sistema jurídico se origina com um argumento político-moral da missão do próprio Direito para, só então, conceder critérios não morais de identificação de regras e princípios. Ou seja, existe uma definição apriorística de determinados valores que servirão de norte do aludido sistema.

[1] Para Bustamante (2015) a única opção para o positivismo jurídico no cenário contemporâneo é tornar-se um positivismo normativo na acepção de Waldron e Campbell, os quais propõem uma teoria neo-benthamista que abdica de forma expressa as premissas da filosofia do direito de corte puramente analítico. Aponta também que o positivismo jurídico tão-somente conseguiu se consolidar com a teoria jurídica de Jeremy Bentham, que teve o mérito de trazer os debates sobre a natureza do direito para o centro das discussões acerca da argumentação jurídica e da atividade normativa do poder judiciário. Isto é, ao apoiar sua teoria "imperativista" do direito (determinando uma prescrição jurídica como um comando precedido de autoridade pela vontade do soberano em uma comunidade política), Bentham se afasta da teoria jusnaturalista racionalista de Blackstone (que era predominante em seu tempo na Inglaterra), e abarca as centrais teses do positivismo: a tese das fontes sociais (toda norma jurídica tem seu caráter apontado por suas fontes ou por sua origem) e a tese da separabilidade entre direito e moral (o caráter jurídico de uma norma independe de sua correção moral). De modo diverso ao positivismo descritivo, o positivismo normativo não deseja ser neutro e nem limita seu alcance à identificação da natureza do direito, mas, assemelhando-se da censorial jurisprudence de Bentham, acreditando na existência de princípios morais prévios que orientam o Direito. A teoria jurídica censória procura descobrir racionalmente, com o auxílio do seu famoso princípio da utilidade, as regras jurídicas que precisariam ser instituídas por todos os sistemas jurídicos. A teoria censória é, como o próprio Bentham diz, uma "teoria da legislação" que busca servir de exemplo para o legislador ao tornar visível os princípios políticos que mais se compatibilizam com o princípio da utilidade.

[2] Esses princípios morais, como a previsibilidade e a segurança jurídica, servem como vetores éticos do ordenamento jurídico, possuindo, segundo Waldron (1999), o importante papel de limitar o poder dos juízes uma vez que estes não podem realizar valorações morais de questões éticas em nome da sociedade, o que é competência do poder legislativo.

Pela razão de prescrever o Direito como este deve ser em uma sociedade democrática, a partir de valores morais, constituindo uma agenda político-normativa, esta vertente ficou conhecida como positivismo normativo, prescritivo ou, ainda, ético.

As teorias jurídicas, para Waldron e Campbell, são necessariamente normativas, reconhecem a si próprias como uma interpretação construtiva da ideia de juridicidade[3]. Ocorre, de fato, um abandono à pretensão descritiva hartiana[4] e, de certa forma, um acatamento às críticas impostas por Dworkin (CAMPBELL, 2011, p. 28). Waldron e Campbell acatam com as críticas dworkinianas a partir do momento em que enunciam que o positivismo jurídico é uma teoria normativa (ou ética) do direito[5]; que todas as teorias do direito são, nesse sentido, normativas, políticas, já que produtos de uma interpretação. Nesse viés, "(...) o positivismo jurídico pode ser reformulado como uma tese normativa sobre o direito" (WALDRON, 2001, p. 411).

Contudo, os autores dessa nova perspectiva se denominam positivistas e, deste modo, não acordam com grande parte da teoria dworkiniana. Os autores do positivismo normativo procuraram reler o posfácio de Hart ao Conceito de Direito, dando a Hart o caráter de positivista normativo.

Essa nova visão do positivismo jurídico hartiano aborda a teoria do direito como essencialmente conexa a critérios morais. O valor "juridicidade", neste aspecto, está atrelado a critérios morais, já que é produto de várias interpretações e, deste modo, não pode ser descrito de maneira neutra e desinteressada. Entretanto, pode ser determinado, ainda que de formas diferentes, considerando que a tarefa da teoria do direito se ajustaria a descrever as interpretações ou concepções que melhor se adaptem aos fins esperados pelo direito (CAMPBELL, 2011, p. 30).

Ou seja, o positivismo normativo absorve as críticas que Dworkin fez à obra de Hart, reformulando o positivismo hartiano agora percebido como uma concepção de juridicidade. O

[3] Uma das inovações da vertente normativa é retomar o interesse teórico do positivismo para a relação entre Direito e Política, um pilar fundamental de qualquer regime democrático. Esse é também um dos motivos de a corrente também poder ser chamada de positivismo jurídico prescritivo. Assim, a teoria positivista deve, além de descrever o Direito, defender e primar por ideias elementares de justiça. Por conseguinte, há em meio a essa corrente normativa uma preocupação de como o Direito deve ser construído. (WALDRON, 2001, p. 418)

[4] Para Bustamante (2015) a teoria jurídica de Hart, ao atrair a atenção para a denominado "ponto de vista interno", possui o germe para a extinção do ontologismo essencialista que delimita as teses filosóficas do positivismo descritivo, já que este ponto de vista interno reclama uma abordagem hermenêutica do filósofo do direito. Esta abordagem torna insustentável o método de investigação apresentado pelo positivismo descritivo de Austin, Kelsen e Hart.

[5] Waldron e Campbell discordam sobre do termo adequado para se referir a essa nova tendência positivista. Conforme relata Waldron (WALDRON, 2001, p. 411-412), ambos os termos apresentam problemas, tendo em vista o seu uso já arraigado nas culturas jurídicas.

positivismo jurídico, nessa nova conjuntura, se reconstrói dentro de uma abordagem hermenêutica, procurando conservar a tradição positivista.

A releitura de Hart proposta por Campbell e Waldron promove a ideia de que apenas é plausível se arquitetar uma teoria do Direito a partir da perspectiva interna de um sistema jurídico, já que o teórico do direito se vê irremediavelmente suscetível pelo meio que lhe cerca. Por esse ângulo, uma teoria do Direito é necessariamente normativa, pois apresenta uma compreensão acerca do direito e não uma imagem de um fato social.

Em resumo, pode-se dizer que o positivismo normativo busca conservar o rigor positivista (no momento em que almeja por uma determinação do Direito a partir de um critério de consonância com as fontes sociais[6]), não abdica os habituais dogmas (característicos do positivismo jurídico), mas faz uma concessão à hermenêutica jurídica (ao consentir a tese de que não é possível alcançar essa determinação de uma forma genuinamente neutra). Trata-se da noção dos positivistas sobre a necessidade da inclusão de uma teoria da interpretação na teoria do Direito e da adoção de uma ideia de juridicidade que se encaixe nas bases do positivismo jurídico.

O positivismo normativo não tem problemas em apresentar alegações de natureza política e moral em amparo de seus critérios não morais de identificação do Direito válido, assim:

> (...) inicia-se a argumentação com uma tese normativa da 'missão' do direito, e depois 'passa-se a arguir' que essa missão não pode ser realizada a não ser que regras, comandos, atos normativos ou planos sejam reconhecidos como jurídicos por meio de critérios não morais (WALDRON, 2012, p. 894).

Dessa forma, resta claro o caráter normativo que se busca conferir às teorias jurídicas, mesmo que positivistas: uma teoria do Direito é o produto de uma interpretação e, assim, manifesta-se uma fatal pretensão do teórico e não uma mera imagem da realidade. O positivismo normativo aparece, por conseguinte, como uma visão positivista de juridicidade, da qual os critérios de identificação do Direito se conservam atrelados à tese do fato social e à tese da separabilidade entre o Direito e a moral.

A opção pelas correntes positivistas, com relação à discricionariedade e à indeterminação da norma, dá-se em razão de seu pouco potencial para discutir a prática dos

[6] Importante pontuar que os positivistas normativos não rejeitam a importância da tarefa descritiva do teórico. Afinal, definir quais são as fontes do Direito também é fundamental dentro de um sistema democrático no qual pleiteiam interesses econômicos, políticos ou religiosos.

magistrados de decidirem conforme sua consciência, ou seu livre convencimento, sobretudo por fundamentar a natureza do Direito em convenções ou fatos sociais anteriores. Entretanto, a ausência de uma Teoria da Decisão parece ser uma falha insuperável para os positivistas inclusivos e exclusivos, uma vez que as lacunas presentes na lei acabam dando lugar para um agir discricionário do julgador. Sob o argumento de que ao cientista do Direito não caberia o papel central de discutir o dever moral do juiz, os positivistas inclusivos e exclusivos acabam se abstendo nessas discussões, ainda que acreditem que não existe, em ambas as teorias, uma diminuição da ação de valoração moral pós-descritivo daquilo que fora eleito como juridicamente vinculante anteriormente.

As três correntes positivistas (inclusivos, exclusivos e normativos) advogam pela postura descritiva moralmente desengajada em relação a natureza do Direito. Porém, os positivistas normativos se diferenciam no momento em que se atentam em estabelecer igual ou maior estima para uma atitude prescritiva da norma, mostrando-se menos interessados nas discussões em torno da separação conceitual de Direito e Moral e mais para os questionamentos em relação a garantia da legitimidade democrática e funcionamento das instituições.

Feita essa introdução com intuito de melhor compreender o que será debatido, tem-se como objetivo central de análise o diálogo entre essa corrente positivista (normativa e/ou ética) e a Crítica Hermenêutica do Direito estabelecida por Lenio Streck, a partir das análises em relação a objetividade dos juízos morais e da doutrina da discricionariedade judicial, que resultam em abusos realizados pelo Poder Judiciário no momento da decisão, muitas vezes amparados por uma suposta discricionariedade atribuída ao intérprete.

Assim, em alusão ao Direito brasileiro, qual das teorias acima oferece melhores elementos teóricos para a edificação de uma teoria da decisão, inclusive com vistas a conter a discricionariedade judicial?

Utilizando-se do método dedutivo, a pesquisa se valerá de revisão bibliográfica, não tendo pretensão de esgotar os referidos assuntos, apenas para trazer ao debate seus principais pontos. Enquanto o primeiro capítulo se dedicará à contextualização das concepções positivistas, ainda que de forma lateral, de Waldron e Campbell, o segundo tópico enfrentará a crítica de Lenio Streck aos limites do poder interpretativo dos juízes, apresentando, também, possíveis pontos de aproximação e de afastamento de sua teoria em face da dos aludidos autores.

1 POSITIVISMO NORMATIVO E/OU ÉTICO DE JEREMY WALDRON E TOM CAMPBELL

Waldron destaca que a variante do positivismo normativo por ele defendida não pode ser confundida com o que às vezes também é chamado, a partir do positivismo de Kelsen ou de Hart, de positivismo normativo. Na versão trazida por Kelsen e de Hart o termo "normativo" é empregado apenas para identificar o direito com normas jurídicas (em sentido contrário ao poder, ao comando e às sanções como um fato), mas a metodologia conservar-se descritiva. Waldron ressalta que essa versão normativa ou prescritiva do positivismo jurídico tem sido nominada também de positivismo ético, como na obra de Tom Campbell. O termo "positivismo ético" também é rejeitado por Waldron por conta de uma possível proeminência em uma teoria normativa mais direcionada em padrões de comportamento individual do que institucional (WALDRON, 2001, p. 411,412)

O positivismo normativo, defendido por Waldron (1999), promove uma associação entre o positivismo jurídico e os valores democráticos, tentando deslocar o foco da discussão para a criação do Direito por meio do processo legislativo. Ele procura demonstrar que o espaço por excelência de discussão de valores morais, ideais de justiça e ideais políticos em desacordo é do espaço político e da política representativa dentro dos Parlamentos, isto quer dizer que, para que a política e a legislação tenham dignidade, é preciso cuidar da própria cultura política e jurídica. Sua principal preocupação é: como lidar com os desacordos a respeito de valores morais, políticos ou sobre justiça.

Ou seja, sua proposta é justamente deslocar o foco da filosofia e da teoria do direito da interpretação judicial para a elaboração de leis dentro do poder legislativo (WALDRON, 1999, p. 10).

Waldron acredita que o positivismo jurídico é uma percepção do Direito que pode ser tanto descritiva quanto prescritiva ou normativa. O positivismo jurídico descritivo é uma compreensão a respeito do que as decisões jurídicas provocam. Já o positivismo jurídico normativo é uma concepção a respeito do que as decisões jurídicas devem implicar. (WALDRON, 2001, p. 413). Ambas sustentam que "o Direito deve ser entendido em termos de regras ou padrões cujo status jurídico deriva de alguma fonte humana definida sociologicamente. " (WALDRON, 1999, p. 166). Assim sendo, unificam a validade do Direito à sua origem em algum fato social (legislação ou decisão judicial) que pode, é claro, incorporar juízos morais. Porém, uma vez criada a norma jurídica ela independe de qualquer juízo moral para sua aplicação, identificação ou interpretação.

A ideia central do positivismo jurídico descritivo é que cabe ao intérprete e ao cientista do Direito tão-somente descrever aquilo que é o Direito em um determinado tempo e lugar. As lacunas ou indeterminações que venham a surgir são entendidas como a inexistência de direito

regulando determinados casos, os quais podem ser determinados mediante uma decisão política, que não deve ser vista como uma decisão jurídica arregrada de caráter político ou moral. A percepção descritiva do positivismo jurídico é neutra em relação à natureza dos juízos morais, uma vez que entende que decisões jurídicas estão desconexas a juízos morais.

Para Waldron a postura puramente descritiva do positivismo jurídico não consegue fazer valer sua tese na prática, haja vista continuamente existir uma demanda interpretativa que fará com que se apele a um juízo moral. Para ele o positivismo normativo lidaria melhor com essas questões ao sustentar a tese segundo a qual:

> (...) o direito deve ser tal que as decisões jurídicas possam ser tomadas sem a intervenção de juízos morais. Ou, se não quisermos usar a linguagem da obrigação: é a tese de que seria desejável para o direito ser aquilo que os positivistas descritivos creem que ele é. O positivismo normativo é, em si mesmo, uma pretensão moral: de fato, é uma interpretação moral acerca da formulação de outras pretensões morais no âmbito específico da vida social que chamamos direito, e identifica a contaminação das decisões jurídicas pelos juízos morais como uma desvantagem moral; que perdemos algo valioso desse modo. Trata-se claramente de uma versão mais interessante do positivismo jurídico, e de fato é difícil imaginar como uma definição positivista do conceito de direito poderia ser defendida sem apelar eventualmente a alguma tese normativa como esta. (WALDRON, 1999, p. 167)

Ressalta também que, as diferenças entre ambas as formas de concepção do positivismo têm resultados práticos em relação aos casos que podem exigir uma decisão moral no Direito. Enquanto na visão descritiva "tais casos são ameaças ou contraexemplos que devem ser reconceituados ou aos quais devemos dar alguma explicação se queremos manter a tese descritiva," na variante normativa do positivismo alega-se que casos que podem exigir decisões morais "são elementos insatisfatórios do direito que devem ser censurados ou minimizados" e, para obter esse resultado, "o sistema jurídico deveria ser reformado para que tais decisões morais, tomadas por juízes ou funcionários públicos, fossem erradicadas na medida do possível." (WALDRON, 1999, p. 167).

Para Waldron (2001, p. 421) o principal levantamento do positivismo normativo é que "os valores associados ao direito, à legalidade e ao Estado de Direito (...) podem ser melhor alcançados se a operação ordinária de tal sistema não requer do povo o exercício de julgamento moral a fim de descobrir o que o direito é". Essa ideia central não demanda "qualquer etapa puramente descritiva, conceitual ou não normativa". O argumento é, pois, sempre normativo.

Waldron então reconhece também que de fato existe, na perspectiva normativa, uma pretensão moral a respeito do que o Direito deve ser. Porém, os julgamentos particulares em consideração do que o Direito é podem ser, em certa proporção, independentes de julgamentos

gerais a respeito da questão do Direito. Entretanto, esse isolamento jamais será completo, uma vez que:

> (...) podem existir práticas ou arranjos políticos que, do ponto de vista normativo (o ponto de vista que descreve a função do direito) sejam piores do que nenhuma lei; e para esses casos o enfoque normativo geral pode afetar o enfoque normativo particular se (...) essas práticas ou arranjos devem ser considerados como leis. Mas esses serão casos extremos: de fato, serão exatamente aqueles casos para os quais de todo modo é mais difícil defender a insistência radical de que é possível determinar se algo é um direito sem fazer um julgamento sobre sua justiça ou sobre seu caráter moral (WALDRON, 2001, p. 418)

A respeito dessa interferência da moral no Direito, não se pode deduzir que não há diferenças entre a ideia do positivismo normativo e aquela do jusnaturalismo. Para Waldron a principal diferença versa em que "o positivismo normativo não precisa se comprometer com qualquer metaética especial, nem com qualquer enfoque especial de como chegamos a uma compreensão do bem ou dos valores que o direito fornece". Ao oposto, a teoria do direito natural "é usualmente embalada com uma metaética distintiva (cognitivismo ou objetivismo) e frequentemente também com um forte compromisso com o enfoque racionalista da compreensão moral ou ética". (WALDRON, 2001, p. 418)

A diferença pode ser discreta, porém, quando o positivismo jurídico normativo admite a interferência da moral no Direito, ele não está fazendo referência ao conteúdo de normas particulares, como cometiam os jusnaturalistas, mas ao próprio sistema jurídico e ao modo como esse precisa estar estruturado de maneira a atender aos clamores de uma sociedade livre e democrática. Nesse viés, o positivismo normativo não se restringe a ser uma teoria cuja inquietação versa apenas sobre feitios técnicos da teoria do Direito, mas seu zelo se debruça também para a importância social, moral, e política da diferença entre formas de governo que serão regulamentadas pelo Direito. A questão é, não apenas se reconhece que é melhor viver sob a égide do Direito do que viver sem seu intermédio, mas que o próprio Direito é uma instituição desejável.

Dessa forma, o positivismo normativo procura defender uma posição política sobre as fontes do Direito: a ideia de que é preferível que as fontes do Direito sejam visivelmente estabelecidas e distintas sem levar em conta a moralidade e a justiça do conteúdo das normas, de modo que os cidadãos possam conhecer de forma antecipada quais regras se aplicam a eles enquanto cidadãos. Por isso a tese de Waldron é uma tese positivista normativa, uma vez que ele defende que a melhor forma de levar a cabo esse ideal é por meio de um Direito legislado democraticamente produzido por meio de votações majoritárias.

Por parte de Waldron, o juiz não está autorizado a tomar decisões morais que façam prevalecer a sua visão de mundo em detrimento daquela expressa. Ele defende o ponto de que, se não existir uma forma de se verificar a respeito da correção de um juízo moral, a sua enunciação por um juiz será sempre tendente à arbitrariedade. Rejeita também a hipótese de que o juiz possa ser um tomador de decisões morais com base em questões de princípios.

Ou seja, a inclusão de um juízo moral na decisão torna-a predisposta à arbitrariedade pois não há mecanismos eficientes de controle desse conteúdo. Se é permitido que o juiz faça prevalecer a sua preferência moral sobre a preferência dos demais é em si antidemocrática, mesmo que exista uma resposta correta, do ponto de vista moral, não torna mais provável que o juiz a encontre. Juízes diferentes chegarão a resultados diferentes, mesmo que ambos acreditem estar alcançando a resposta correta. No fim das contas, conclui Waldron (1999), é o desacordo moral, e não a subjetividade moral, que levanta inquietações sobre a moralidade das decisões judiciais.

A justificação do positivismo jurídico, para Waldron, deriva do fato de que não tem como se evidenciar a superioridade de um argumento moral em relação a outro; e como isso não é possível, a inclusão da moral na discussão jurídica facilita a arbitrariedade – não existindo razões ponderáveis, de maneira especial, para que um juiz lance mão de juízos morais em suas decisões, uma vez que seus juízos morais estariam localizados no mesmo nível do que o de qualquer outro cidadão.

No mais, mesmo sendo possível que juízes de um tribunal decidam mediante uma votação por decisão majoritária realizada entre os seus membros, não será possível saber se aquela decisão é democrática, não pelo seu método, mas pela eleição daqueles membros. (WALDRON, 1999, p. 90-91)

Campbell (2004), por se considerar um positivista ético, conserva a diferença lógica (cisão epistêmica) que marca o juspositivismo entre descrição e prescrição, não obstante, parte da distinção entre prescrições de conteúdo e prescrições de forma, sendo seu enfoque recai apenas sobre estas últimas. Resumindo, sua teoria é uma teoria normativa/prescritiva derivada apenas da estrutura formal do Direito

Campbell (2004) ressalta que, refletido apenas descritivamente, o positivismo acabaria padecendo uma forte crítica ideológica, por negligenciar outros fatores importantes para a produção do Direito, o que deseja evitar. Em razão disso, e em meio a outros aspectos limitantes do juspositivismo, o jurista pretende proporcionar outra versão que, ao invés de apresentar aparatos analíticos e descritivos, alegaria como devem ser os direitos e os sistemas jurídicos.

Ou seja, sua tese propõe, de maneira geral, medir a implicação da atividade legislativa e judicial; e, de maneira especial, buscar o "como deve ser o Direito", para que então se possa definir, secundariamente, como precisa ser: a legislação, o papel do juiz e a interpretação. Para tanto, a sua ideia não é a tradicional busca analítica da semântica da expressão "Direito", nem a compreensão do discurso do Direito e de seus papeis sociais. O ponto nuclear da tese é precisamente definir uma teoria moral a respeito do exercício do poder político - visto como atividade de controlar e coordenar o comportamento de um amplo número de indivíduos -, distinguindo de forma precisa o positivismo jurídico ético do formalismo contido na técnica de produção da jurisprudência (CAMPBELL, 2004).

Dessa forma, suas possíveis inadequações descritivas não acabariam toda a teoria, mas permitiria abrir um lugar para contestação, valoração. Nesse viés, Campbell define que o significado do positivismo jurídico, visto como uma teoria ética atinente à conduta juridicamente complacente dos legisladores, juízes e cidadãos, pode ser vista como o suprimento de um modelo e de uma justificação de frente para a constituição de um sistema jurídico que se concilie, até onde for razoável, à realização de um sistema de regras autônomo, como meio indispensável de qualquer sistema político oportuno (CAMPBELL, 2002).

Para Campbell (2002) seria possível que positivismo recomende que o sistema jurídico seja feito de uma maneira que se eleve ao máximo os benefícios sociais e políticos de ter um sistema de regras de mandamentos que possam ser rapidamente identificáveis, e que com tal claridade e precisão possam entender-se e aplicar-se sem se recorrer a juízos morais e políticos controvertidos.

Campbell (2002) traz uma importante nota sobre a relação entre Direito e Moral que muitas vezes é mal-entendida. Ele alega que os "pais fundadores" do juspositivismo possuíam pressuposições morais – o que os tornariam próximos de concepções cognitivistas no aspecto metaético – no entanto, o que os definia como positivistas era o fato de que o Direito não precisaria delas. Campbell opera com a tese da separabilidade (Direito e moral podem estar separados) e não com a tese da separação (Direito e moral devem estar separados), alegando que a identificação e aplicação do Direito devem se manter apartadas de juízos morais, ainda que as regras possam fazer referência a crenças morais e até religiosas.

Dessa forma, o positivismo ético atuaria diferentemente em relação aos positivismos de cariz descritivo, já que estes introduzem, direta ou indiretamente, critérios morais para definir o Direito e suas consequências: o positivismo exclusivo porque, mesmo que pretenda, não consegue afastar a sujeição da moralidade dos juízes, e o positivismo inclusivo porque reclama, de forma direta, a introdução da moral em determinadas regras.

Consistiria, então, em uma tese da separação prescritiva: a regra de reconhecimento não deve conter elementos que provocam um juízo moral, que seja anterior a ela, enquanto condição de possibilidade. Como o caráter ético é limitado à forma, a intenção de Campbell é mostrar que o Direito deve ser composto por regras fixas e claras, que em sua aplicação não dependam juízos de valor.

Ou seja, o anseio de Campbell (2004) diz respeito a criação de um positivismo ético jurídico que, de forma aberta e bem fundamentada, possa instituir um "bom" sistema jurídico em que este mesmo positivismo possa catar aspiração. Para isso**,** esse sistema jurídico deve trazer regras ligeiramente identificáveis, com tal clareza e precisão que possam ser entendidas e aplicadas sem a necessidade de emprego de juízos morais e políticos controvertidos**.**

A criação desse sistema jurídico precisa de uma ética particular tanto para os legisladores, quanto para os aplicadores. Campbell (2004) determina as "obrigações" de cada um deles: os juízes devem buscar a maximização da atividade governamental constitucionalmente legítima se utilizar de critérios empíricos ou moralmente neutros na identificação e interpretação do direito; já os legisladores, devem fazer leis que possam ser identificadas e interpretadas dessa mesma forma.

Campbell (2004) entende que a interpretação dentro desse sistema versa em eleger e aplicar regras válidas, restringindo a vontade dos juízes de costumes expansivos (razão prática irrestrita). Para o positivismo ético, os juízes precisam identificar regras jurídicas adequadas de acordo com a regra de reconhecimento politicamente aprovada e aplicar tais regras como fontes legítimas do Direito, evitando a prática de interpretação como inovação. Persistindo na ideia de que as regras apresentem, unicamente, um significado contextual claro, uma vez que as regras devem ser inteligíveis aos cidadãos e necessitam determinar de maneira clara, precisa e simples o que se determina e o que se permite.

Esse seu ideal de um ordenamento positivista pode ser bem visualizado a partir da passagem em seu texto *Judicial Activism – Justice or Treason?*:

> […] existe um conjunto de regras gerais bastante específicas, as quais podem ser identificadas e aplicadas sem se necessitar recorrer a questões moralmente contenciosas ou especulativas. Um sistema no qual é possível que os cidadãos entendam e sigam a Lei (sem dúvidas, com aconselhamento jurídico em áreas complexas) e que os juízes a apliquem sem se requerer controversos julgamentos morais de primeira ordem (CAMPBELL, 2017, p. 05, tradução livre).

Uma das principais inquietações de Campbell diz respeito aos usos da palavra "justiça" e a maneira com que essa abertura semântica promove a extrapolação das fronteiras textuais empregadas pelos juízes. Deste modo, ele irá promover a separação conceitual de justiça formal,

procedimental e substantiva, sendo competência do julgador apenas as duas primeiras. Assim "um juiz não deve ignorar o Direito no seu sentido positivista de regras e princípios coletivamente aceitos como vinculantes no sistema em tela sob o pretexto de estar simplesmente tentando ser 'justo' em um sentido moralmente indefinido" (CAMPBELL, 2017, p. 03, tradução livre).

Campbell (2017) confere como causa dessa atitude moralista dos magistrados – comumente presente no ordenamento estadunidense – o amparo das minorias vulneráveis contra um possível caráter autoritário diretamente acorrentado à democracia majoritária. Em meio as ideias que defendem essa realidade, são assinalados o realismo jurídico, o pragmatismo e a análise econômica do Direito. Todas adeptas à admissão de fundamentos da decisão que sejam externos ao Direito.

Em implicação dessa usual comemoração de o Judiciário "fazer justiça", aparece o fenômeno do ativismo judicial. Campbell especifica um juiz com tal postura quando " (1) não aplica todo ou aplica apenas o direito positivado detalhadamente claro (2) assim o faz em virtude de suas visões acerca de qual deve ser o conteúdo do Direito" (CAMPBELL, 2017, p. 05, tradução livre). Aponta também duas amostras do ativismo judicial: a positiva (aplicar um direito que não existe) e a negativa (deixar de aplicar um que existe), sendo o primeiro o feitio mais ardiloso.

Por parte de Campbell (2017) o ato de um juiz legislar consistiria em uma quebra de confiança e um abuso do poder judicial que danifica os próprios alicerces da democracia constitucional. Porém, sua censura ao ativismo não ignora que, para que se tenha sucesso, é indispensável que se repense o próprio contorno da discricionariedade do julgador.

No mais, o próprio Campbell (2004) levanta algumas brechas em sua teoria, citando a complexidade multicultural e o problema de alcançar a clareza esperada ante a linguagem usual e móvel das sociedades complexas. Como razoáveis saídas a esses problemas, sugere a ideia de "conhecimento do propósito da legislação" e uma possível criação de definições estipulantes ou termos técnico-jurídicos correspondentes a necessidades específicas[7].

Diante disso, propõe uma possível abstenção de apreciação do juiz quando não se é possível obter essas definições claras dentro das regras. De forma temporária, sugere o que titulou de "segunda melhor solução", isto é, até que a devida modificação legislativa seja cometida para apontado caso, sugere o emprego da regra que melhor possa decidir aquele caso,

[7] Campbell (2017) acredita que sua teoria traz uma forma de originalismo, no sentido de resgatar o texto constituído orginalmente ante os errôneos precedentes que facilmente acontecerão em um sistema common law depois de sucessivas decisões.

até que o legislativo estabeleça precisamente o correspondente para aquele. Além disso, aponta para a impossibilidade de que a regra de reconhecimento seja uma prática judicial, mas sim que decorra de uma Constituição política, que precisa estar, de forma necessária, fora do sistema jurídico (CAMPBELL, 2004).

O que faz crer que, sua tese, em relação a discricionariedade, se apresente contraditória. Pois mesmo tentando combater a discricionariedade - ao sustentar que a relação jurídica básica se dá entre o legislador e os cidadãos e que as regras devem ter um significado contextual claro -, parece admiti-la - quando sugere a possibilidade de criação de termos técnico-jurídico adequados (estipulantes) e quando permite a adoção de decisões paliativas à espera de alteração legislativa.

Importante pontuar que para Campbell (2017) o sistema é visto como um todo em meio as funções de todas as instituições e equilíbrio dos poderes envolvidos, logo, a ausência de uma norma é um defeito do sistema, e o dever de sanar recai nos governantes e legisladores. Por conseguinte, o autor é claro ao considerar o positivismo democrático como algo mais do que uma mera apreciação do papel das cortes ou dos advogados.

2 CRÍTICA (HERMENÊUTICA DO DIREITO) DE LENIO STRECK[8]

Streck (2014; 2017) constantemente se mostra como um árduo crítico do positivismo jurídico, desde suas versões mais tradicionais àquelas esposadas por autores mais contemporâneos. Streck acredita que a noção conceitual do positivismo sofre uma espécie de

[8] Com a finalidade de tornar possível o diálogo entre Direito e Filosofia, Lenio Streck dá início a um movimento que denomina de Crítica Hermenêutica do Direito. Desse modo, o jurista busca anunciar a relevância das transformações filosóficas para uma apropriada e crítica concepção do fenômeno jurídico, contudo, ao mesmo tempo, aponta os equívocos que existem em propostas que procuram se apoderar dos elementos da Filosofia sem uma apropriada contextualização às particularidades do sistema jurídico. Isto é, a Crítica Hermenêutica do Direito é uma teoria do direito arquitetada sob os aportes paradigmáticos da Filosofia, e não uma proposta que busca em critérios filosóficos a saída para problemas jurídicos. A proposta de Lenio Streck não versa apenas em proporcionar um contributo acerca dos limites da atuação jurisdicional, mas está situada na realização de uma reflexão de caráter mais abrangente, vista como inovadora por vários motivos, que podem ser assim sintetizados: "a) primeiro, por, sob influência de Luís Alberto Warat, consistir numa ruptura com o dogmatismo, através da afirmação de uma hermenêutica crítica na interpretação/aplicação do direito (na superação do que ficou conhecido por "senso [ou sentido] comum teórico dos juristas"), o que repercutiu sobremaneira no modo de compreender o ensino jurídico no Brasil; b) segundo, por, em contato com a obra do filósofo Ernildo Stein, assentar sua teoria sob os aportes da filosofia hermenêutica (de Martin Heidegger) e da hermenêutica filosófica (de Hans-Georg Gadamer) e, a partir disso, evidenciar as inter-relações entre Direito e Filosofia, rompendo com a negação (resistência) filosófica que povoava o ambiente jurídico no Brasil, o que resultou na expressão filosofia no direito (terminologia por ele criada); e c) terceiro, por agregar a tudo isso a construção de uma teoria da decisão judicial, elaborada a partir de uma imbricação com a proposta do jurista norte-americano Ronald Dworkin, fazendo nascer a tese do direito fundamental a repostas constitucionalmente adequadas (a respostas corretas), estruturada a partir do dever de fundamentar as decisões, que, por sua vez, apresenta-se como uma exigência dos pressupostos democráticos do constitucionalismo." (TASSINARI, 2012 p. 93, 94).

cegueira analítica, à medida que se perde na superfície dos elementos empíricos de justificação e verificação, fruto de uma precária perspicácia teórica que ignora o giro linguístico[9] e a própria sagacidade da experiência hermenêutica, uma vez que opera com cisões do processo de compreensão de mundo.

Para Streck (2017, p. 163), separar o ato de descrever do de prescrever não faz sentido dentro da Hermenêutica Filosófica. De tal modo, essa ficção somente acontece porque os diversos positivistas não se dão conta da dupla estrutura da linguagem[10]. "Quando o positivista

[9]A Filosofia Ocidental, passou por no mínimo três paradigmas da linguagem, sendo dois deles vinculados diretamente ao esquema sujeito-objeto. Sendo a resposta dos dois ora no sujeito, ora no objeto.
Para esses dois paradigmas é possível extrair duas expressões: "há uma verdade absoluta, que independe do conhecimento do sujeito" e "há um sujeito que conhece o objeto". Essas duas expressões são derivadas do paradigma de duas metafísicas, a clássica e a moderna (filosofia da consciência) e se mantem no mesmo esquema sujeito-objeto. Nas duas há uma predominância de ação, que pode ser chamada de assujeitamento, na qual a linguagem serve apenas como uma terceira coisa, que se coloca entre o sujeito (que conhece) e o objeto (que é conhecido). Segundo Fernando Vieira Luiz (2013), a metafisica clássica diz respeito a um período em que a filosofia da linguagem tinha um perfil especialmente objetivista, o significado é compreendido como algo que subiste independentemente do sujeito ou da própria linguagem, há uma verdade absoluta, que independe do conhecimento do sujeito. Aqui, o sujeito, na relação sujeito-objeto, é assujeitado pelo objeto. Ou seja, a linguagem apenas tem o papel de meio de expressão, serve tão somente para designar um objeto ideal que, em si mesmo, já tem uma essência. A linguagem apenas auxiliaria na busca dessa essência. Esse paradigma será vencido pelo cogito, ergo sun, de Decartes, e as indagações filosóficas de Kant. A linguagem continuará exercendo um papel instrumental, mas o paradigma essencialista será rompido, visto que entra em cena o subjetivismo da metafisica moderna. O sujeito que até então era assujeitado pelo objeto, passará a ser um sujeito assujeitador, senhor dos significados e sentidos, há um sujeito que conhece o objeto. Enquanto na metafisica clássica o fundamento que funda o conhecimento é encontrado na essência do objeto, na metafisica moderna ele estará na consciência do sujeito. Ambos os paradigmas restarão superados com a viragem linguística-ontológica. Onde, por força da linguagem, de terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto, passa a ocupar posição primeira. E nisso sai a filosofia da consciência para dar lugar a filosofia da linguagem, onde a linguagem não estará mais em uma posição de terceira coisa, mas agora como ponta de lança e condição de possibilidade, não só para fins de interpretação, mas também da própria condição de existência humana. Vence-se o esquema sujeito-objeto e, onde encontrava-se o sujeito solipsista, dá-se lugar a intersubjetividade. Não se vislumbra qualquer argumento que justifique o fato do direito ter ficado a margem dos influxos trazidos pela invasão da filosofia pela linguagem. Acontece que, o direito, representado pelo senso comum teórico, pelas decisões dos tribunais e pela dogmática jurídica, tem-se mostrado resistente à reviravolta da linguagem e inume ao novo paradigma filosófico da intersubjetividade, onde a linguagem toma centralidade. Lima, Streck e Oliveira (2007, p. 17) afirmam que o Estado Democrático de Direito deve ser visto a partir da ruptura paradigmática ocorrida no campo da filosofia, qual seja: a superação do esquema sujeito-objeto, responsável pela queda das posturas subjetivistas ou solipsistas. Não pode o direito ficar nas imediações dessa viragem, muito menos quando se diz respeito a interpretação judicial. Uma vez essa ter resultado direto na derrubada do esquema sujeito-objeto, repercutindo no novo modelo de Estado e de direito que surge a partir do segundo pós-guerra, onde o sujeito solipsista dá lugar à intersubjetividade. Com a viragem linguística, não é mais possível perceber a linguagem como ferramenta de comunicação e como exatidão e a essência das coisas, como determinantes de seu sentido. É o avanço da filosofia da linguagem – pragmática – que promove o rompimento com o neopositivismo – sintaxe e semântica, sendo a própria linguagem condição de possibilidade do filosofar. Dessa forma, não há lugar para o sujeito solipsista. Apenas para o sentido que é dado pela linguagem, e não pela consciência do seu intérprete. (STRECK, 2011, p. 224) O giro ontológico-linguístico explicita-se em razão de que o "compreender é um existencial da própria condição humana, portanto, faz também parte da dimensão ontológica: é a questão do círculo hermenêuticoontológico", podendo-se então falar da ontologia que "trata do ser ligado ao operar fundamental do ser-aí (Dasein), que é o compreender do ser". (STRECK, 2011, p. 225)

[10] Quando Streck (2017, p. 164, 165) refere-se a dupla estrutura da linguagem e ao fato de que, ao descrever já se prescreve e que isso representa um dilema sem saída para o positivismo que cinde ser e dever, é de suma importância convocar a fenomenologia hermenêutica. E partir daí, não se tem mais retorno para um objetivismo ingênuo. Partindo assim para um segundo momento: reconhecer a superação do esquema sujeito-objeto. E então

descreve o seu objeto, esquece que desde antes já lida com, por exemplo, princípio da identidade, da não contradição, etc.". Para, unicamente, "descrever, ele só o pode fazer não reconhecendo que já está lidando com isso desde-sempre. O mensageiro já vem com a mensagem".

É fato que, quando o positivismo deseja simplesmente descrever o Direito, de forma neutra e externa, ele orienta-se por representações. E essa neutralidade na delimitação do Direito, de um ponto de vista fenomenológico, é impossível. Só seria possível falar em descrições (em contraste com prescrições) se existisse um "grau zero de sentido", o que é impossível, pois falar em grau zero de sentido já é adotar um ponto de partida (STRECK, 2017).

Acerca do positivismo contemporâneo (como no caso do positivismo normativo), Streck (2017) acredita que este passa por uma crise de identidade. Pois ao mesmo tempo em que procura conservar suas características positivistas, também quer apresentar prescrições para aplicação da lei. Como se quisesse o melhor de dois mundos, pois busca manter a separação entre Direito e moral (uma vez que admitisse a incorporação da moral seria inclusivo), o que lhe parece ser uma tarefa bastante complexa (ou até impossível), uma vez que exige que pilares indispensáveis do positivismo sejam relativizados (e que se for feito poderá fazer o paradigma como um todo ruir), e ao mesmo tempo, deseja dizer como esse direito deve ser prescrito.

Mesmo o positivismo normativo tendo plena consciência de que a aplicação do Direito deva ser feita de acordo com o que o legislador tenha redigido, o problema, como aponta Streck (2017, p. 189), está na aplicação do Direito. "O problema das teorias positivistas é que confessadamente, não se preocupam com a decisão". Não à toa que um dos principais traços em comum dos positivismos jurídicos pós-kelsenianos é a carência de uma teoria da decisão.

De certo, os positivistas normativos não negam que a argumentação dos juízes em inúmeros casos é permeada por uma hermética cadeia de princípios morais, como também que o papel do julgador, que não se confunde com aquela do teórico encarregado de descrever o Direito, pode ser uma atividade moralmente valorativa. O que demonstra a clara separação entre o que o teórico do Direito faz e a função desempenhada pelo magistrado, que pode se servir de argumentos morais.

É nesse ponto que as teses, tanto de Waldron quanto de Campbell, encontram barreiras, afinal, como é possível ser positivista (por conseguinte cindir Direito e moral) e alegar que deve ser moralmente bom para uma sociedade ter sistemas de regras mandatórias específicas que comandam indivíduos a fazerem julgamentos próprios sobre certas questões condizentes a suas

para que seja possível partir para um terceiro momento, deve-se reconhecer que a filosofia da finitude, surgindo assim a dimensão hermenêutica.

próprias ações, sem que se empregue um raciocínio moral para dizer o que é esse "moralmente bom"? Ora, "se eu digo que é 'moralmente' bom para a sociedade se comportar de um determinado modo, não está implícito que, antes disso, já sei o que é esse "Direito bom" que deve ser aplicado? " (STRECK, 2017, p. 199)

O Streck (2017 p. 199) vai dizer que o positivismo ético ou normativo, agrega, especialmente, uma tese: "a de que a teoria do Direito, que descreve esse Direito, estaria comprometida com a aplicação desse "Direito bom". Esse é o busílis do positivismo normativo".

Streck traz também as ideias de Manuel Rodrigues, que acrescenta mais um problema a essa corrente. Para ele, os positivistas éticos (colocando o ético e normativo como similares) são céticos (por conseguinte, não cognitivistas éticos) e acreditam não ser possível, em meio as diversas opiniões, apontar qual é o comportamento moralmente correto. Por isso, essa "escolha" pertence à lei. Por esse motivo, a moral não pode intervir no Direito (STRECK, 2017, p. 199, 200).

A questão diz respeito ao positivismo ético/normativo reconhecer a correlação da moral com o Direito: existem reivindicações morais que interagem com as regras do Direito. Porém, isso prejudica a estabilidade social, em virtude de não haver certeza na aplicação do Direito. No final das contas, se o juiz pode se valer de argumentos morais, que certeza haverá? (STRECK, 2017)

Em defesa das teses positivistas normativas/éticas se levantaria a ideia de que: os tribunais deveriam mostrar respeito pelas palavras que foram discutidas conforme os procedimentos formais da legislação, sem se deixarem levar no subjetivismo da mente do juiz. Em razão disso compete ao positivismo levantar uma teoria normativa da legislação que aponte os momentos de elaboração autorizativa da legislação a partir do ideal positivista de Direito formalmente bom.

Em resumo, ser positivista ético ou normativo é advogar pela criação de leis boas, claras e precisas, e que estas leis precisam ser aplicadas pelos tribunais. A questão que se coloca é pelo modo de que essas leis devem ser aplicadas. Os positivistas normativos dirão que, se preciso, com apego a argumentos morais. Todavia, se "é moralmente bom que os juízes apliquem o Direito que foi feito para ser "bom" e escrito de forma clara e precisa, por qual razão um juiz pode(ria) incluir seus próprios argumentos morais?" Afinal, "partindo da premissa de que possa haver um bom Direito e que seja moralmente bom que ele seja aplicado, não é vantajoso impedir que juízes lancem mão de argumentos morais na decisão? " A questão reside no fato de que, o positivismo normativo/ético, para se manter positivista, precisa separar Direito

e moral. Consequentemente, tem de existir um elemento seguramente descritivo para resguardar essa separação. "Separação e descrição estão umbilicalmente ligados. Se já não há separação, então já não há positivismo". (STRECK, 2017, p. 200, 201)

Ocorre que, as teorias normativas/éticas precisam ser descritivas para se sustentarem. Uma vez que é no plano descritivo que mora a cisão entre Direito e Moral. Se passar a admitir o uso da moral no instante da decisão já não mais separa Direito da Moral. Logo não é mais positivista. Não por outra razão que, mesmo o positivismo com um caráter mais normativo não consegue construir uma teoria da decisão. Pois "quando se aposta na discricionariedade judicial (ou em um "lançar mãos de argumentos morais"), não se tem como distinguir se uma decisão é melhor que a outra". Ao final tudo depende da escolha do intérprete (julgador). (STRECK, 2017, p. 2001, 2002).

Streck (2017, p. 197) levanta a questão acerca de o positivismo (qualquer um deles) perceber uma teoria da decisão. Acredita que uma teoria positivista do tipo "duro" deveria ter como local de partida moral (uma vez que não existe grau zero) o fato de que o Direito deva ser identificado a partir da tese da separação e, por consequência, que seja aplicado estritamente a partir de uma tese linguística que resguarde os limites semânticos.

Streck faz menção também à dissertação de Horácio Neiva, intitulada *Uma Crítica Metodológica ao Positivismo de Joseph Raz*, em que acredita ser possível uma teoria da decisão positivista apenas se se tratar de uma teoria que enfrente os deveres dos juízes, e a maneira moralmente correta de tomada de decisão, como sendo uma aplicação estrita das normas positivadas por meio de alguma forma de interpretação textual, quer por meio do sentido literal, quer por meio do sentido histórico.

Do contrário, "no plano da teoria tudo é verificado e identificado, expungindo o joio do trigo". Acontece que no momento "da aplicação, corre-se o risco do juiz se insurgir contra esse produto da prescrição e lançar mão de seus próprios argumentos morais, misturando novamente o joio e trigo" (STRECK, 2017, p. 197).

Um dos principais pontos da crítica de Streck (2014, p. 49) diz respeito ao fato de que, mesmo não existindo um método preciso e específico que assegure a correção do processo interpretativo e que solucione as lacunas naturalmente presentes no texto normativo, nada permite que o intérprete possa escolher o sentido que mais lhe convier. Consequentemente, nem a vontade, nem o papel político do intérprete "não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos e tampouco para uma atribuição de sentidos arbitrária (que é consequência inexorável da discricionariedade) ". É nessa acepção que a discricionariedade acaba, no plano da linguagem, significando sinônimo de arbitrariedade.

Ademais, o jurista deixa claro que sua crítica a discricionariedade não é uma oposição a interpretação. O problema reside no fato de que a discricionariedade abre espaço para que juízes virem legisladores, que esses se apropriem do próprio objeto de conhecimento.

> Consequentemente, deveria ser despiciendo acentuar que a crítica à discricionariedade judicial não é uma "proibição de interpretar". Ora, interpretar é dar sentido (*Sinngebung*). É fundir horizontes. E o direito é composto por regras e princípios, "comandados" por uma Constituição. Assim, afirmar que os textos jurídicos contêm vaguezas e ambiguidades e que os princípios pode ser – e na maior parte das vezes são – mais "abertos", em termos de possibilidade de significado, *não constitui vontade*, uma vez que mesmo os setores mais atrasados da dogmática jurídica já se aperceberam desse fenômeno. O que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos (isto é, a sua transformação em normas) *não depende* – e não pode depender – de uma subjetividade assujeitadora (esquema S-O), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete. Ora, fosse isso verdadeiro, teríamos que dar razão a Kelsen, para quem *a interpretação a ser feita pelos juízes é um ato de vontade*. Isso para dizer o mínimo! Na verdade, o "drama" da discricionariedade que critico reside no fato de que *esta transforma os juízes em legisladores*. E, para além disso, esse "poder discricionário" propicia a "criação" do próprio objeto de "conhecimento", típica manifestação do positivismo. Ou seja, a razão humana passa a ser a "fonte iluminadora" do significado de que o pode ser enunciado sobre a realidade. As coisas são reduzidas são nossos conceitos e às nossas concepções de mundo, ficando a *dis*-posição de um protagonista (intérprete *lato sensu*). (STRECK, 2015, p. 102, 103).

Dessa forma, mesmo não existindo um método preciso e específico que assegure a correção do processo interpretativo e solucione as lacunas naturalmente presentes no texto normativo, nada permite que o intérprete possa escolher o sentido que mais lhe convier[11]. Consequentemente, nem a vontade, nem o papel político do intérprete "não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos e tampouco para uma atribuição de sentidos arbitrária (que é consequência inexorável da discricionariedade)" (STRECK, 2014, p. 49).

Um agir discricionário diante da vagueza própria da linguagem, não pode torna-lo isento a críticas em relação a sua facilidade de legitimar atos autoritários. O que leva Streck (2014) a acreditar que toda essa liberdade (ou maior possibilidade de opção) confiada ao julgador acaba se transformando em um poder que não lhe é dado, pois mesmo agindo supostamente dentro dos limites do texto normativo, existe a exclusão das diferentes possibilidades. É nesse jogo linguístico de poder que os direitos e garantias encontram-se a serviço da vontade e dos valores morais de um intérprete (juiz)[12].

---

[11] Por essa razão Streck (2017, p. 54) vai dizer que "a discricionariedade tem relação direta com a "morte do método". Isto é: o fato de não existir um método que possa dar garantia à "correção" do processo interpretativo [...] não autoriza o interprete a escolher o sentido que mais lhe convier".

[12] Por isso que "a afirmação de que o "intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto" nem de longe pode significar a possibilidade de este estar autorizado a atribuir sentidos de forma discricionária/arbitrária, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem "existência autônoma) (STRECK, 2017, p. 58). Lenio Streck (2004, p. 135) refuta os dualismos próprios da metafisica e que separam texto e norma para afirmar que o

Mesmo o fato de a linguagem ser um fenômeno social, não pode significar que a cultura, as convenções e as experiências sociais não possam decorrer em um entendimento partilhado do texto. É nesse ínterim que Waldron (1999) e Campbell (2004) afastam-se da postura fatalista de impossibilidade de consenso dentro de uma democracia ou de que a indeterminação de sentido é impossível de ser formalmente superada. Todavia, não existe nesses autores uma teoria que consiga dar uma reposta definitiva à questão.

CONCLUSÃO

A discricionariedade surge a partir do momento em que não existe regulação jurídica em um determinado caso, de modo que o juiz não possui chão normativo por baixo de seus pés para julgar. Por esse ângulo, foi demonstrado como o positivismo normativo e/ou ético expõe o entendimento acerca das fronteiras da discricionariedade e do traço imperativo da lei positivada. Em razão de a norma jurídica ser o resultado de um fenômeno social, que comina regras e que determina os alcances permitidos pelo julgador, não pode um tribunal criar esse direito, mesmo em caso de indefinição normativa e ainda que exista autorização legal para fortuitamente fazê-lo (pela visão positivista). Mesmo os positivistas normativos tendo consciência de que a aplicação do Direito deva ser feita de acordo com o que o legislador tenha redigido, o problema persiste por não trazerem uma teoria da decisão. Pois, em momentos de vagueza ou lacunas na lei, acabam se valendo de elementos morais e abrindo espaço para discricionariedade.

É, entre outras razões, por advir da noção de limitação da discricionariedade que o positivismo normativo acaba incidindo nas refutações de Lenio Streck ao ativismo judicial. Mesmo que Campbell e Waldron também critiquem o ativismo judicial por entenderem o Judiciário como instituição que possui um déficit democrático, não se fazem muito diferentes

---

que há entre elas é uma diferença ontológica, reconhecer que texto e norma são coisas diferentes não significa dar qualquer sentido ao texto. Textos não seriam (como não são) meros enunciados linguísticos e não subsistem apenas como texto. O que existe entre eles é uma diferença ontológica. Assim: "Negar que a norma é produto da interpretação do texto e que interpretar é sempre um ato aplicativo (*applicatio*), implica negar a temporalidade. Os sentidos são temporais. A diferença (que é ontológica) entre texto e norma ocorre na incidência do tempo. Daí a impossibilidade de reprodução de sentidos, como se o sentido fosse algo que pudesse ser arrancado dos textos [...]. Os sentidos são atribuíveis, a partir da facticidade em que está inserido o intérprete. [...] A norma será sempre, assim, resultado do processo de atribuição de sentido (*Sinngebung*) a um texto. Este texto, porém – repita-se – não subsiste com "um ente disperso" no mundo. O texto só é na sua norma. Quando olhamos um texto, o nosso olhar já atribuirá uma determinada norma a esse texto. É nesse sentido que – e isto pode parecer complexo aos olhos do jurista inserido no sentido comum teórico – no plano da filosófica hermenêutica aqui trabalhada, o ser será sempre o ser de um ente". Ou seja, as palavras não trazem o seu sentido e nem o intérprete desacopla esse sentido do interior das palavras, motivo pelo qual se faz importante entender: o que há entre texto e norma é na verdade, uma diferença, que é ontológica e não metafisica.

das ponderações desses juristas em relação a questão do ativismo e do acatamento à lei posta, a que é resultado da vontade geral.

Como se percebeu, a Crítica Hermenêutica de Lenio Streck contribui sobremaneira para remover as falsas camadas de sentido que encobre a definição dos fenômenos jurídico, enfrentando também "o senso comum" que orienta por vezes a prática judiciária. Não são raras, além do mais, distorções ideológicas de conceitos jurídicos, o que se considera reprovável.

Destarte, com a hermenêutica, derrota-se a filosofia da consciência e o esquema sujeito-objeto e a correlacionada aposta no protagonismo judicial. Além do mais, destaque-se novamente que a carência de método não abre razão para a imputação discricionária de sentido aos textos normativos, já que, além de a interpretação acontecer no caso concreto, não se deve desmembrar questão de fato e questão de direito, tampouco conhecimento, interpretação e aplicação.

REFERÊNCIAS

BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart?. *Revista Novos Estudos Jurídicos* - Eletrônica, v. 20, n. 1, p. 307-327, jan./abr. 2015. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7204/4100>. Acesso em: 02 set. 2018.

CAMPBELL, Tom. *El sentido del positivismo jurídico*. In: Doxa, n. 25, 2002.

CAMPBELL, Tom. *Prescriptive legal positivism*: Law, rights e democracy. Londres: Cavendish Publishing, 2004.

CAMPBELL, Tom. *Re riting Hart's Postscript: Thoughts on the Development of Legal Positivism*. Problema. Anuario de Filosofia y Teoria del Derecho. N. 5. Universidad Nacional Autónoma de México: 2011.

CAMPBELL, Tom. *Judicial Activism – Justice or Treason?* Working Paper Number 2002/17. Centre for Applied Philosophy and Public Ethics (CAPPE). 2017.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. *Argumenta Journal Law*, No. 7, 2007

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2013

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

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – 5. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêuticas-processuais dos Códigos. Porto Alergre: Livraria do Advogado Editora, 2015

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed., rev., mod e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014

STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico. *Revista UNIFESO* – Humanas e Sociais
Vol. 1, n. 1, 2014b, pp. 120-140.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

STRECK, Lenio Luiz. A Diferença Ontológica (entre Texto e Norma) como blindagem contra o Relativismo no Processo Interpretativo: uma análise a partir do Ontological Turn. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Vol. 89, 2004, p. 135.

TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial*: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Dissertação (Mestrado) – Universidade Vale dos Sinos – UNISINOS, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo – RS, 2012

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. *Normative (or Ethical) Positivism*. In: COLEMAN, Jules (ed.). *Hart's Postscript*: Essays on the Postscript to "The Concept of Law". Oxford: OUP, 2001.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução Luís Carlos Borges. – São Paulo: Martins Fontes, 2003

WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2012.