

## A CRISE DO JUSPOSITIVISMO

### LEGAL POSITIVISM CRISIS

*Daniela Costa Queiróz\**

**Resumo:** Com este presente artigo procura-se contribuir para a ampliação do conhecimento referente à doutrina positivista. O objetivo do mesmo será abordar o tema referente à crise no juspositivismo, formulando considerações a respeito do direito positivo e o resultado de sua aplicação hodiernamente. Será ressaltado em seu bojo que o ciclo pretendido pelo positivismo constitui-se em três elementos, os quais serão aqui elencados e posteriormente questionados, quais sejam, onipotência do legislador, segurança jurídica – imparcialidade do juiz e pureza da hermenêutica, sendo que estes, conjuntamente, devem apresentar-se de modo a “fechar o ciclo”, proporcionando ao juiz, no momento da aplicação da lei ao caso concreto, a clara vontade legislativa. O presente artigo conterà explicações, exemplos e doutrinas, todas referentes ao citado tema, as quais, conjuntamente, poderão gerar embasamento crítico e maior compreensão do paradigma atual e suas crises.

**Palavras-chave:** Jusnaturalismo. Juspositivismo. Crise.

**Abstract:** This article aims to expand the knowledge about positivist doctrine. The aim of the article is to discuss the crisis in legal positivism. This is done considering current positive right and the results of its application. It is highlighted that the cycle intended by positivism is made of three elements which will be presented and discussed. These elements are the legislator’s omnipotence, judicial safety - judge impartiality and hermeneutics, these three elements should “close a cycle”, providing the judge, at the time of the application of the law, a clear legislative will. This article presents explanations, examples and doctrines, all of them related to positivist doctrine which together might provide a critical support and better understanding of the current paradigm and its crises.

**Keywords:** Jus naturalism. Legal positivism. Crisis.

---

\* Pós-graduanda em Direito Contemporâneo pelo Instituto Busato de Ensino (IBE).

E-mail: <danielacostaqueiroz@hotmail.com

## 1 Introdução

O objetivo do presente artigo será abordar o tema referente à crise no juspositivismo, formulando considerações a respeito do direito positivo e o resultado de sua aplicação hodiernamente.

Este trabalho pautou-se pelo emprego da metodologia científica para sua elaboração seguindo seus parâmetros, os quais possibilitaram a estruturação e formação do tema proposto ao estudo.

No que tange ao problema proposto, foi elaborado mediante a aplicação do método indutivo, na medida em que busca induzir o leitor a uma conclusão a partir de uma generalização da observação de um fenômeno. “O método indutivo fundamenta-se na generalização de propriedades comuns em determinados números de casos possíveis de ser observados em todas as ocorrências de fatos similares que sejam verificados no futuro.” (MEZZAROBÀ; MONTEIRO, 2006, p. 64).

Por fim, fundamenta-se na pesquisa bibliográfica e documental.

## 2 Desenvolvimento

Depreende-se do tema proposto a crise do juspositivismo diante dos avanços tecnológicos de uma modernidade globalizada.

### 2.1 Evolução histórica: jusnaturalismo e juspositivismo

Os homens reúnem-se na sociedade em grupos permanentes, de modo que as expectativas ou interesses de cada um no interior do grupo são harmônicos ou conflituosos. A vida em sociedade exige normas jurídicas, ou seja, exige um complexo

de normas disciplinadoras que estabeleçam regras para o convívio entre os indivíduos que a compõem.

Se remontarmos ao período pré-absolutista, veremos que os homens relacionavam-se inicialmente sem se sujeitar a nenhuma regra ou lei, vivendo, portanto, em um estado natural, o qual é assim descrito por Hobbes (1983, p. 24):

O direito de natureza, a que os autores geralmente chamam *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e consequentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim.

Ou seja, a liberdade pertencia, por natureza, ao indivíduo, sendo que cada qual possuía suas próprias regras e vivia de acordo com os preceitos por si estabelecidos.

O jusnaturalismo alcançou seu apogeu no século XVIII, e à medida que se difundia, surgiam suas diferentes vertentes, porém, mantendo como ponto básico uma ordem jurídica imanente da própria natureza (SILVA, 2005).

No entanto, como os homens não conseguem viver em cooperação uns com os outros, através de ideais e pensamentos convergentes – eis que cada um quer exercer o seu poder sobre todas as coisas –, este estado natural pode ser descrito como um estado de agressividade, de egoísmo e de divergência de interesses, enfim, de conflitos na convivência social.

Nesse contexto, Hobbes (1983, p. 24) começa a conceber o Estado como uma “guerra de todos contra todos”. Não seria

mais possível viver em uma sociedade em que imperava a ausência de normas jurídicas.

Surge a necessidade da sociedade estabelecer contratos e também de obedecê-los, eis que “o contrato é uma transferência mútua de direitos” (HOBBS, 1983, p. 24). Como ressalta Matteucci (1998, p. 272 *apud* FERNANDES, 2005), o contrato social tem dois desdobramentos: um “pacto de associação”, pelo qual vários indivíduos reúnem-se para viver em sociedade; e um “pacto de submissão”, que instaura o poder político e ao qual o indivíduo promete obedecer.

A única garantia que serviria como forma de controle para obter-se segurança para todos era a concentração do poder do Estado, com caráter absolutista:

Dizia que os homens viviam originariamente em estado natural sem se sujeitar a nenhuma lei, vivendo, portanto, no caos. Teriam que optar por formar uma sociedade civil e formaram um contrato, no qual cediam todos os seus direitos a um soberano suficientemente forte para protegê-los, sendo lícito ao rei governar despoticamente, não porque tenha sido escolhido por Deus, mas porque o povo lhe concedeu o poder absoluto. (BAPTISTA, 2007, p. 75).

Por isso, esse modelo estatal reconhece apenas a emanção jurídica proveniente do próprio Estado, adotando a concepção monista de direito e lançando as bases do positivismo jurídico (MARRAFON, 2001).

Bobbio (1995, p. 29), ao tratar do juspositivismo, afirma:

[...] a corrente doutrinária do juspositivismo entende o termo ‘direito positivo’ de maneira bem específica,

como direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como ‘lei’. Logo, o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é apresentado pela codificação.

O positivismo jurídico é uma doutrina do direito que considera que somente é direito aquilo que é posto pelo Estado. Surge para repelir, no jusnaturalismo, tudo aquilo que ultrapassasse os limites do que não fora posto e aprovado pelo Estado, revestindo este de único criador do direito (BOBBIO, 1995, p. 29). Pode-se dizer que o juspositivismo representa, no ápice da modernidade, uma tentativa de trazer maior rigor e exatidão para seus postulados, como que em uma exatidão matemática, adequando-se o fato concreto à norma hipotética.

## 2.2 Pontos fundamentais e críticas ao juspositivismo

Observar-se-á, no âmbito do presente trabalho, os pontos fundamentais da doutrina juspositivista, bem como suas principais críticas atuais.

O ciclo pretendido pelo positivismo constitui-se em três elementos, os quais serão aqui elencados (e posteriormente questionados), quais sejam, onipotência do legislador, segurança jurídica – imparcialidade do juiz e pureza da hermenêutica, sendo que estes, conjuntamente, devem apresentar-se de modo a “fechar o ciclo”, proporcionando ao juiz, no momento da aplicação da lei ao caso concreto, a clara vontade legislativa.

Primeiramente, cumpre ressaltar que o positivismo jurídico caracteriza uma

nítida distinção entre direito como fato (direito real) e direito como valor (direito ideal), sendo que o jurista deve ocupar-se do direito como ele é, e não como deve ser, assumindo, frente ao direito, uma atitude imparcial, objetiva, buscando o sentido original da norma no momento da aplicação da mesma ao direito.<sup>1</sup>

O dogma da onipotência do legislador surgiu como forma de evitar que os juízes criassem direitos e fugissem da órbita de atuação de controle do Estado.

Porém, de forma dramática, vemos o distanciamento desse dogma com a realidade atual, eis que os juristas, em especial os juízes, carregam consigo, no momento da decisão dos casos, seus valores e princípios, acabando por tomar decisões tendenciosas, pautadas naqueles.

Cada jurista carrega consigo suas experiências de vida, concordâncias ou discordâncias com relação a determinado fato ou situação, sua compreensão de mundo e crenças, levando-os a ter uma projeção sobre determinado lado da realidade, ou fato, estabelecendo conexões ou desconexões com o texto legislativo posto ao compará-lo com o fato, levando-os a construir o sentido do texto.

Luís Roberto Barroso (1998, p. 258), ao atacar os princípios da neutralidade e imparcialidade do juiz, assim explana:

[...] não será possível libertá-lo do próprio inconsciente, de seus regis-

tros mais primitivos. Não há como idealizar um intérprete sem memória e sem desejos. Em sentido pleno não há neutralidade possível [...] é claro que há uma infundável quantidade de casos decididos pelo Judiciário que não mobilizam o juiz em nenhum sentido que não o de burocraticamente cumprir seu dever. Outros tantos casos, porém, envolvem a escolha de valores e alternativas possíveis. E aí mesmo quando não atue em nome dos interesses de classes ou estamentais, ainda quando não milite em favor do próprio interesse, o intérprete estará promovendo suas próprias crenças, a sua visão de mundo, o seu censo de justiça.

Assim, fica registrada a primeira crítica ao juspositivismo, consistente na desmistificação do dogma da imparcialidade do juiz.

Outro alicerce e base principiológica fundamental do Estado de Direito, fundamentado no Direito Positivo, é a ideia de segurança jurídica, a qual é uma aspiração comum aos homens.

Porém, não obstante essa busca, o ordenamento positivado não consegue acompanhar, com a mesma velocidade, o ritmo das mudanças societárias que ocorrem diariamente.

Levando em consideração o comprometimento da lei com os interesses dominantes (os quais, em uma sociedade globalizada, mudam rapidamente) e o fato de, como acima exposto, não haver neutralidade ou imparcialidade do juiz, é possível concluir que não há certeza ou segurança nas decisões, principalmente ao se ter em vista a multiplicidade de realidades que é gerada pela contraposição entre a materialidade do mundo e o sistema de significação captada

<sup>1</sup> “O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato.” (BOBBIO, 1995, p. 135).

por cada juiz, levando-se a decisões díspares em um mesmo ordenamento jurídico.

Sem contar que, muitas vezes, o intérprete, em vez de determinar o sentido objetivo do texto, passa a reproduzir fórmulas antigas, esquecendo-se das variações compostas pelo momento histórico e circunstâncias sociais, aplicando a fria letra da lei aos casos concretos, sem adaptar às normas as finalidades humanas, tão somente reproduzindo e aplicando textos prontos, ou agindo por meio de ideias pré-concebidas.

Por fim, o último alicerce do positivismo a ser aqui abordado consiste na teoria dogmática clássica, onde se trabalha a hermenêutica jurídica num paradigma determinado empirista positivista, eis que baseado na crença de que o sujeito, ao ler a norma, pode dela extrair o seu real significado – já que a lei deve ser comparada a um ser que ganha vontade própria ao ser promulgada (MARRAFON, 2001, p. 329).

Ocorre que, antes de compreender o texto de uma norma, o intérprete faz uma pré-compreensão, que faz parte do seu modo de ser no mundo, que é a interpretação. Ou seja, primeiro faz uma ideia do conjunto, aproximando-o da realidade, para, em seguida, fixar uma unidade de sentido.

Nesse sentido, Lênio Streck Hesse, citado por Marco Aurélio Marrafon (2001, p. 331), afirma:

O intérprete compreende o conteúdo de uma norma a partir de uma pré-compreensão, que é a que vai lhe permitir contemplar a norma desde certas expectativas, fazer uma ideia do conjunto e perfilar um primeiro projeto, ainda necessitado de comprovação, correção e revisão através da progressiva aproximação à coisa por parte dos

projetos em cada caso revisados, com o que a unidade de sentido fica claramente fixada.

Toda a interpretação jurídica é composta de determinantes (fatores ligados ao próprio intérprete) e condicionantes (responsáveis por determinar o limite em que a interpretação pode estar contida), sendo que as determinantes não possuem controle nenhum, já que inerentes ao indivíduo, e as condicionantes são limitadas pelo sistema jurídico, encarregado que é de obstruir o trânsito de interpretações que coloquem em risco sua coerência e integridade (MELLO apud MARRAFON, 2001, p. 331).

Significa dizer que a racionalidade jurídica sedimentou uma exacerbação da dogmatização do direito. Wolkmer (1995 apud ALVES, 2001) assevera: “Inexiste um direito dogmático ou um direito crítico; o que existe é um direito interpretado sob um ponto de vista dogmático ou crítico”.

O aplicador do direito não deverá apegar-se exacerbadamente à norma, de forma a pautar-se, no momento da aplicação, na estática forma escrita da lei, sem contextualizá-la com o momento presente, deixando, desta forma, de analisar a situação concreta e real necessidade humana. Mas também não deverá deixar-se levar por suas pré-concepções.

Porém, tal equilíbrio mostra-se distante da realidade jurídica, eis que sempre o jurista irá tender para um dos dois lados, sendo-lhe difícil quedar-se no centro da corda bamba.

É de se refletir que a exatidão matemática do juspositivismo, com que se pretende adequar o fato concreto à norma, é um instituto falido, isto porque os fatos

reais nunca apresentaram a simplicidade da norma descrita em abstrato; cada caso é um caso, envolto de peculiaridades que a simples letra fria da lei não pode alcançar, de forma a chegar a uma solução mais justa aos reclusos sociais.

É de se notar a fragilidade do juspositivismo e a iniciada busca dos novos rumos do direito do amanhã.

### 3 Considerações finais

Longe de querer esgotar o assunto referente ao tema proposto, até mesmo porque impossível diante da complexidade e necessidade de profundas reflexões pontuais acerca do paradigma dominante, as crises aqui apontadas mostram-se aptas a serem apreciadas, pois é da dialética que nasce o direito.

Sabendo-se que o jusnaturalismo e o juspositivismo já não atendem mais aos reclamos da sociedade, sedenta de justiça e humanidade, o questionamento que paira é: “Ao que recorrer?”

Urge, diante do caso concreto, ponderar os pontos da doutrina positivista contrapostos ao caso apresentado, com suas peculiaridades e elementos advindos dos avanços de uma sociedade globalizada, e não, indistintamente, sem parâmetros aptos à resolução do caso, aplicando o texto frio e pronto. É necessário refletir, é necessário considerar a dignidade da pessoa humana, para assim possibilitar o desenvolvimento de um processo mais justo, que atenda aos fins sociais.

Diante do quadro fático apresentado, resta ao operador do direito lutar pela justiça (eis que já dizia Eduardo Couture: “Luta. Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrases o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça”),

construindo diuturnamente um novo paradigma jurídico para a substituição deste em crise, produzido por suas contradições.

### Referências

ALVES, Roseli Teresinha Michaloski. **Aporias do conflito entre direito positivo e natural**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2464/aporias-doconflito-entre-direito-positivo-e-direito-natural/2>>. Acesso em: 15 fev. 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BAPTISTA, Carlos Alberto. **Crescimento da criminalidade e atuação estatal**. Curitiba: Juruá, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico** – lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

FERNANDES, Stanley Botti. **Da fundamentação racional do jus puniendi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8070>>. Acesso em: 06 jul. 2010.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MATTEUCCI, Nicola. *Contratualismo*, *apud* FERNANDES, Stanley Botti. **Da fundamentação racional do jus puniendi**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 976, 4 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8070>>. Acesso em: 06 jul. 2010.

MARRAFON, Marco Aurélio. Uma crítica e três certezas juspositivistas e a busca de outro paradigma hermenêutico. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, n. 0, 2001. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1801>>. Acesso em: 13 jan. 2011.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 3. ed. Saraiva: 2006, p. 64.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Jus-naturalismo e Juspositivismo Jurídico: As primas: irmãs da modernidade. **Mundo Jurídico**, 27 ago. 2005. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=108](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=108)>. Acesso em: 13 jan. 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao pensamento jurídico crítico, *apud* ALVES, Roseli Teresinha Michaloski. Aporias do conflito entre direito positivo e natural. **Jus Navigandi**, jul. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2464/aporias-do-conflito-entre-direito-positivo-e-direito-natural/2>>. Acesso em: 15 fev. 2011.