

A ATIVIDADE LEGISLATIVA QUALIFICADA: UMA PROPOSTA DE REFLEXÃO NO PÓS-POSITIVISMO

QUALIFIED LEGISLATIVE ACTIVITY: A POST-POSITIVIST REFLECTION

Artigo recebido em 15/02/2020

Revisado em 17/02/2020

Aceito para publicação em 21/04/2020

Orlando Luiz Zanon Junior

Juiz de Direito. Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Dupla titulação em Doutorado pela UNIPG (Itália). Mestre em Direito Pela UNESA. Pós-graduado pela UNIVALI e pela UFSC. Professor da Escola da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC), da Academia Judicial (AJ) e do Programa de Pós-graduação da UNIVALI. Membro da Academia Catarinense de Letra Jurídicas (ACALEJ).

Frederico Andrade Siegel

Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2016), em Convênio de Dupla Titulação com a Università Degli Studi di Perugia (UNIPG), Itália. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí em Convênio de Dupla Titulação com a Universidade do Minho - UMINHO. Pós-Graduado, em nível de Especialização, em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (2011). Pós-Graduado em Processo Civil. Graduado em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (2003). Atualmente é Juiz de Direito da 2 Vara Criminal em Blumenau/SC

RESUMO: As características do jusnaturalismo e sua superação pelo positivismo jurídico são mencionadas no início deste artigo. Na sequência, as críticas ao positivismo jurídico identificam seu período de crise e, em breves linhas, apresenta-se o pensamento classificado como pós-positivismo, que mantém a liberdade da atividade legislativa e volta suas atenções à atividade judicial. Refletir sobre a possibilidade de redirecionar o debate para a atividade legislativa é a proposta desse artigo. Quanto à metodologia empregada, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o cartesiano e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Jusnaturalismo. Positivismo Jurídico, Pós-Positivismo. Atividade legislativa. Democracia.

ABSTRACT: The characteristics of jusnaturalism and its overcoming by legal positivism are mentioned at the beginning of this article. In the sequence, the criticisms of legal positivism identify its period of crisis, and in a few lines, the thought is classified as post-positivism,

which maintains the freedom of legislative activity and turns its attention to judicial activity. Reflecting about the possibility of changing the debate for legislative activity is the aim of this article. As for the methodology, it is emphasized that in the investigation stage we used the inductive method, in the data processing phase we used the Cartesian method and the final text was composed on the basis of deductive logics. In the various stages of the research we used the techniques of the referent, the category, the operational concept and literature survey.

KEYWORDS: Jusnaturalism. Legal Positivism. Post-Positivism. Legislative activity. Democracy.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A mudança de paradigma. 1.1 A época do direito natural. 1.2. As faces do positivismo jurídico. 2. A crise do positivismo jurídico: críticas sintetizadas. 3. As correntes do pós-positivismo e os momentos de definição do direito. 4. Atividade legislativa qualificada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo contribuir para a reflexão sobre a crise do positivismo jurídico, ao lançar luzes sobre a construção do direito positivo a partir da atividade legislativa. Trata-se de abordagem diversa daquela que ocupa boa parte da doutrina contemporânea.

A primeira parte desse artigo se debruça sobre a mudança de paradigma que orientou a definição do direito, mediante a superação do modelo de pensamento denominado jusnaturalismo pela matriz teórica do positivismo jurídico. Procurou-se pontuar as características centrais de cada base teórica, especialmente as críticas ao jusnaturalismo para justificar a escolha pelo positivismo jurídico.

A segunda parte deste trabalho resume as críticas direcionadas ao positivismo jurídico, que após consolidado como teoria jurídica, passou a apresentar sintomas que identificam seu período de crise de acordo com parcela considerável da doutrina, apesar de vozes divergentes.

A terceira parte reflete as propostas pós-positivistas concorrentes que se apresentam como modelo de teoria jurídica para superar a crise do padrão juspositivista. Não se tem por objetivo, neste trabalho, apontar qual delas é predominante, mas, no mínimo, reconhecer que ainda se vivencia uma fase de disputa teórica.

Nesse aspecto, o pós-positivismo é apresentado como uma classificação na qual se inserem propostas de superação do positivismo jurídico, não como um modelo teórico

acabado. As propostas pós-positivistas, mencionadas neste artigo, indicam ao menos dois momentos de produção do direito: atividade legislativa com a criação da norma positiva e atividade judicial com a interpretação e aplicação desta norma. Nas proposições pós-positivistas que criticam o juspositivismo, o enfoque se relaciona à atividade judicial, sem qualquer referência à atividade legislativa. As atividades jurígenas de positivação (legislativa), em regra, não integram o pilar central das discussões.

Finalmente, no quarto e último item deste trabalho, pretende-se iniciar reflexão sobre a possibilidade de modificar o eixo gravitacional do debate que anima boa parte da doutrina. Assim, ao invés de manter a discussão sobre as formas de controle da discricionariedade da atividade judicial, o foco é deslocado para a atividade legislativa (positivação do texto legal). É necessário esclarecer que não há intenção de propor defesa de retorno ao jusnaturalismo, mas sim, contribuir para o aperfeiçoamento do padrão juspositivista.

Quanto à metodologia empregada, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o cartesiano e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica

1 A MUDANÇA DE PARADIGMA

Neste item, pretende-se demonstrar a mudança de paradigma na ciência jurídica (ou teoria jurídica, acaso se opte por negar cientificidade a este campo de pesquisa), introduzindo algumas características centrais geralmente atribuídas ao jusnaturalismo e ao positivismo jurídico.

Jusnaturalismo é a teoria do Direito Natural, segundo a qual “os sistemas de direito positivo deveriam ter suas imperfeições corrigidas por um sistema superior e universal, ao qual teriam que se adaptar” (MELO, 2000, p. 31). Em oposição frontal à essa categoria, *Positivismo Jurídico* é definido como a “escola que reduz o Direito à sua função técnica, distinguindo-o rigorosamente da Metafísica” (MELO, 2000, p. 78).

1.1 A época do direito natural

Houve um considerável período em que os estudos jurídicos foram fortemente embasados pelos postulados jusnaturalistas, estimado em, aproximadamente, dois mil e duzentos anos (fim do século V a.c. até meados do século XIX).

Essa fase se caracterizou pela existência de “uma ordem jurídica universalmente válida, historicamente invariável e axiologicamente superior àquela produzida pelo Estado, a qual decorreria da própria natureza humana e seria aferível somente pela boa razão” (ZANON JUNIOR, 2019a, p. 205).

Nesse tipo de visualização do sistema jurídico, havia duas ordens: direito natural e a legislação positiva. A primeira era universal, invariável e superior, enquanto a segunda possuía validade local e podia ser modificada no decorrer da história humana. Logo, quando a lei criada pelo governante fosse contrária ao direito natural, ela seria considerada injusta (ZANON JUNIOR, 2019a, p. 205-206).

Ao remeter o tema à antiguidade, é possível encontrar referência no Digesto de Justiniano, que distinguia o direito natural do direito das gentes. Então, “direito natural, é o que a natureza ensinou a todos os animais”, enquanto direito das gentes “é aquele do qual os povos humanos se utilizam” (JUSTINIANO I, 2002, d. 1.1.1.3 e d.1.1.1.4).

Bobbio refere que o direito natural é universal, imutável e estabelece aquilo que é bom, enquanto o direito positivo possui particularidade espacial, variabilidade temporal e estabelece aquilo que é útil (BOBBIO, 1995, p. 19).

Nas civilizações primitivas, não havia clara distinção entre o mundo dos deuses e o mundo dos seres humanos. Acreditava-se que as forças divinas impactavam no governo do mundo, inclusive, delimitavam as condutas de todas as atividades humanas na terra. Não havia distinção teórica entre as leis físicas da natureza, que regiam a ordem do universo, e os decretos dos deuses ou de seus representantes na terra, que determinavam a ordem da sociedade humana (LLOYD, 2000, p. 80).

Alf Ross descreve a origem do direito natural com a atribuição, dos chefes das tribos, em realizar rituais de magia para garantir a chuva, os frutos da terra e a multiplicação dos animais. Acaso esses encantos não surtisser efeito, o rei (chefe da tribo) era condenado por ter perdido seus poderes e, assim, outro rei, novo e melhor, era posto em seu lugar (ROSS, 2003, p. 271).

Na época de Homero e Hesíodo, segundo Ross, houve a transição dos atos mágicos, realizados na busca do bem-estar da tribo, para “atos administrativos realizados pelo rei em exercício do seu poder jurisdicional”. Então, ao invés de realizar atos de magia destinados aos deuses, os reis obedeciam à vontade revelada deles (a vontade dos deuses) (ROSS, 2003, p. 271).

Havia, portanto, duas leis. A lei natural, representada pela vontade divina, e a lei positiva dos homens, que deveria estar em conformidade com a lei natural. Essa distinção é

mais claramente percebida na idade média, quando se consolidou a ideia de que o direito natural era considerado superior ao direito positivo (BOBBIO, 1995, p. 25).

É possível distinguir, no pensamento do direito natural, a prevalência de duas escolas metafísicas: a racionalista e a teológica. No primeiro caso, a compreensão do direito natural é desvinculada de pressupostos religiosos, sendo obtida através da razão humana. Assim como as leis universais do mundo físico, as normas de interrelacionamento humano “são imanentes à sua própria natureza e livremente encontradas pela razão, sem necessidade de recurso a postulados teológicos” (COSTA, 2011, p. 392).

A referência às duas escolas do direito natural é apresentada como sucessão do pensamento jusfilosófico, sem pretensão de abordar em que medida elas coexistiram nas diferentes partes do mundo, tendo em vista que a evolução das ideias certamente não é uniforme no tempo e no espaço.

Com o declínio da influência do pensamento teológico, impulsionado pelo florescimento do racionalismo e iluminismo nos séculos XVII e XVIII, “o direito natural despojou-se de seu traje teológico e adotou a roupagem da ciência pura” (ROSS, 2003, p. 286).

A novidade do pensamento, portanto, ficou por conta de um suposto método científico (em verdade, ainda metafísico), mediante o qual o direito natural é deduzido da natureza humana, do qual se subtraiu a noção de Deus.

O fator novo e crucial é a orgulhosa confiança de ter descoberto um método científico incontroverso para substituir o remendo semiteológico e semiempírico dos tempos passados. Este é o método dedutivo ou geométrico de René Descartes. Considerou-se que haviam sido descobertos os meios de elevar a filosofia ao mesmo nível científico das matemáticas. Tudo que faltava era encontrar um ponto de partida seguro numa série de axiomas indubitavelmente verdadeiros (evidentes) (ROSS, 2003, p. 288).

A lei da sociabilidade, que surge da natureza do ser humano, e que o leva a unir-se pacificamente com seus semelhantes, tornou-se basilar ao paradigma do direito natural. E como critério científico, deduziu-se um sistema de regras jurídicas, dividido em disciplinas, semelhante ao que posteriormente veio se tornar direito positivo (ROSS, 2003, p. 288).

Contudo, aos poucos, o direito natural foi sendo substituído pelo modelo juspositivista, em razão de diversos fatores, notadamente a busca por maior segurança jurídica, visando reduzir os riscos do subjetivismo interpretativo na regência das coletividades.

Na Alemanha surgiu a filosofia da história romântico-conservadora que defendia o costume (e não as leis) como fonte suprema do direito, em oposição às especulações abstratas

do direito natural. Na França as bases do positivismo foram lançadas por Augusto Comte, encorpadas pelo interesse dos franceses no direito positivo com aprovação e interpretação do Código de Napoleão em 1804. E, na Inglaterra, Jeremy Bentham, fundador do utilitarismo, apresentou-se como opositor ao direito natural (ROSS, 2003, p. 291).

Bobbio refere que a passagem do jusnaturalismo para o direito positivo é ligada à formação do estado moderno, que passou a concentrar todos os poderes, especialmente a criação, a execução e aplicação do direito, ou seja, assumiu as três vertentes jurígenas, espelhadas nos poderes legislativo, executivo e judiciário.

Antes da formação do estado moderno, o juiz era agente da sociedade e tinha certa liberdade para determinar qual norma aplicaria, dentre elas, regras de costume ou elaboradas pelos juristas, podendo, ainda, utilizar critérios de equidade, os quais estavam no mesmo nível e proporção das demais fontes do direito. Com a formação do estado moderno, o magistrado deixou de ser agente da sociedade e passou a ser órgão do estado, vinculado a resolver os conflitos exclusivamente pelo direito posto e aprovado pela autoridade formal (BOBBIO, 1995, p. 29).

Diversa característica da passagem de uma ordem jurídica para outra é mencionada por Goyard-Fabre, que se refere à antropologização do direito. A fundamentação do direito, nessa linha, deixou de ter referências à natureza das coisas para ser substituída, pouco a pouco, pela referência à natureza do homem, mutação que “conduzirá ao advento da ‘modernidade’” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 40).

A ideia de criação do direito, portanto, não é mais fundamentada na vontade divina ou natural, mas da vontade exclusiva do ser humano.

As críticas ao direito natural dizem respeito à insegurança de uma regra clara e previamente estabelecida para dirimir os conflitos sociais. Ademais, se o direito é posto por uma ordem divina ou natural, que dita qual é a conduta correta que deve ser seguida, “então, ao obedecer essa lei universal, não passamos de peças obedientes de uma ordem cósmica e ficamos liberados de toda responsabilidade” (ROSS, 2003, p. 306).

A crítica mais comum ao direito natural, sem dúvida, é a dificuldade para se reconhecer qual é esse direito superior, revelado pelo divino ou pela natureza, do qual se extrai uma regra de conduta correta. Assim, o jusnaturalismo é criticado por ser impreciso e ambíguo, “carente de previsibilidade e de difícil sindicabilidade (*accountability*)” (ZANON JUNIOR, 2019a, p. 208).

1.2 As faces do positivismo jurídico

Como visto anteriormente, o jusnaturalismo era caracterizado pela incerteza e insegurança decorrente do uso ilimitado de uma suposta razão (metafísica), que era superior aos seres humanos, fundamentada em valores morais absolutos e inquestionáveis, válidos e eficazes em todo tempo e lugar (ZANON JUNIOR, 2019a, p. 205-206).

Em meados do século XIX, havia um pensamento dominante a respeito do qual todo e qualquer campo de estudo deveria ser organizado através de uma base científica para alcançar o progresso pelo caminho do método científico (LLOYD, 2000, p. 124).

Dennys Lloyd refere que o positivismo jurídico foi influenciado pelas ideias de Augusto Comte, que se voltou para o estudo do homem em sociedade e criou uma nova ciência que ele mesmo denominou de “sociologia”, por meio da qual “todas as atividades sociais do homem podiam ser observadas à luz de princípios científicos” (LLOYD, 2000, p. 125).

Com a ascensão da ciência e do método científico, bem como o desenvolvimento das ciências, como a sociologia, antropologia social e a psicologia, os juristas passaram a acreditar que “a teoria do direito também podia e devia ser capaz de se desenvolver em bases científicas” (LLOYD, 2000, p. 126-127).

Na época do jusnaturalismo, a revelação divina ou naturalística do direito não era comprovável. Era uma questão de crença, ou seja, necessário ter fé a respeito da revelação do direito. De modo diverso, os prosélitos do positivismo jurídico procuraram se concentrar em fatos demonstráveis, tais como a criação do direito pelo legislador político (DIMOULIS, 2006, p. 66).

O direito positivo, portanto, tem por objeto de estudo exclusivo o direito que é posto por uma autoridade humana. É este direito posto, e nenhum outro, que possui validade formal (DIMOULIS, 2006, p. 68).

Então, com objetivo de reparar as deficiências e superar as críticas do jusnaturalismo, o positivismo jurídico foi se estabelecendo como modelo de visualização teórica dos sistemas jurídicos modernos.

Com a evolução do pensamento, o positivismo jurídico sofreu uma divisão interna que dificultou a padronização de seus elementos caracterizadores. Alguns autores que se declaram positivistas contradizem os elementos nucleares que definem o positivismo jurídico adotado pelos demais positivistas. Outras doutrinas que não se proclamam positivistas compartilham as posições centrais do positivismo jurídico (DIMOULIS, 2006, p. 72-73).

Goyard-Fabre refere que o positivismo nasceu com qualidade de disciplina científica, mas acabou por se envolver com imprecisão e incerteza, a ponto de, quase não se saber o que a referida categoria designa (GOYARD-FABRE, 2002, p. 100).

Afastando-se dessa polêmica, em busca de um conjunto de elementos característicos, é possível sistematizar as teses mais comumente aceitas, em maior ou menor grau, pelos autores juspositivistas de maior projeção nos cenários acadêmico e forense, em termos de cinco pilares, quais sejam: 1) separação entre direito e moral; 2) exclusiva ou prevalecente formação do ordenamento jurídico por regras positivas; 3) sistema escalonado pelo critério da validade formal, como uma espécie de pirâmide, com a norma fundamental situada no topo; 4) aplicação do direito posto mediante subsunção; e, 5) discricionariedade judicial para a resolução de casos difíceis (*hard cases*) (ZANON JUNIOR, 2019a, p. 258-259).

Não obstante, é preciso destacar, ao menos, dois momentos cruciais na formação do modelo de pensamento juspositivista.

Em seu estágio inicial, o positivismo jurídico foi denominado de exegético ou legalista (paleopositivista, para alguns). Caracterizou-se pela expressão “juiz boca da lei”, pelo que retirou qualquer margem de interpretação da norma no momento de sua aplicação. No entanto, diante da inerente imperfeição do ordenamento jurídico (com lacunas, ambiguidades e contradições), esse modelo (positivismo exegético) fracassou, pois não era possível, diante da imperfeição do ordenamento jurídico, sustentar um sistema que restringia a atribuição do juiz que apenas reproduzia a lei posta pelo legislador (ZANON JUNIOR, 2019a, p. 213).

Com objetivo de aperfeiçoar o modelo exegético, surge, num segundo momento, o chamado juspositivismo normativista, tendo Hans Kelsen como referência (STRECK, 2012, p. 32) e, junto a ele, Norberto Bobbio e H. Hart, cada qual contribuindo, a sua maneira, para firmar as bases desse pensamento.

Como dito anteriormente, é possível elencar cinco teses nucleares que destacam o positivismo jurídico. A primeira delas é a separação entre direito e moral. Enquanto o direito é resolvido com a dicotomia válido inválido, a moral admite apreciações materiais e valorativas, bom ou mal, justo ou injusto (ZANON JUNIOR, 2019a, p. 259-260).

O segundo aspecto diz respeito ao direito formado exclusivamente, ou prevalentemente, por regras jurídicas. Isso significa que a regra jurídica é definida pelo resultado da interpretação do aplicador do direito, tendo este como parâmetro de decisão o exercício de adivinhação da possível decisão do legislador, se fosse ele quem tivesse que decidir o caso concreto. Além disso, o estado é definido como único produtor do direito, de modo que outras fontes, como princípios e costumes, somente são admitidas como padrão de

conduta mediante expressa previsão nesse sentido, geralmente com caráter supletivo (ZANON JUNIOR, 2019a, p. 261-262).

Como terceiro elemento característico, o ordenamento jurídico deve ser escalonado pelo critério da validade formal. Isso significa que deve haver uma norma fundamental, criada pelo órgão legislativo, em relação a qual todas as demais normas estão subordinadas hierarquicamente, numa espécie de pirâmide (ZANON JUNIOR, 2019a, p. 262-263).

A subsunção dos fatos ao texto normativo, tendo o juiz como destinatário, é a quarta peculiaridade do positivismo jurídico (ZANON JUNIOR, 2019a, p. 264).

E por fim, o quinto atributo diz respeito à discricionariedade judicial para resolução de casos difíceis. Esses casos difíceis são definidos como sendo aqueles em que há ambiguidade dos textos normativos (legislação e precedentes), lacunas ou antinomias, de modo a permitir a adoção de soluções diversas para uma mesma hipótese concreta (ZANON JUNIOR, 2019a, p. 264-265).

Este modelo de pensamento, embora formalmente elegante, encontra um conjunto de críticos que atacam seus aspectos descritivo (no sentido de que não refletem uma descrição científica da realidade) e prescritivo (as soluções que oferecem são inadequadas nesta quadra da história). Outrossim, é possível precisar o atual momento da ciência jurídica (ou teoria jurídica, acaso de preferir) como um embate entre defensores e críticos do padrão juspositivista, consoante descrito na sequência.

2 A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO: CRÍTICAS SINTETIZADAS

No cenário brasileiro, Dimitri resume as críticas ao positivismo jurídico que, segundo ele, é visto com suspeição e rejeição. Além disso, refere que os juspositivistas “são apresentados como partidários de visões equivocadas que se preocupam com o ‘invólucro’ das normas e não com o seu conteúdo” (DIMOULIS, 2006, p. 45-46).

Assim como foram sintetizados os elementos estruturantes do positivismo jurídico, numa base comum, é possível mencionar, brevemente, as críticas direcionadas ao positivismo jurídico.

A primeira delas diz respeito à incorreção descritiva (e, para alguns, prescritiva) da tese metafísica da separação entre o direto e a moral, já que ambos seriam produtos culturais da sociedade, que influenciam as três vertentes de produção jurídica (positivação, aplicação e execução) (ZANON JUNIOR, 2019a, p. 265-266).

O segundo ponto se refere à tese metafísica da exclusiva formação do sistema jurídico por regras positivas, o que, na prática, não tem se verificado, pois a produção jurídica, em suas três modalidades, emprega também outros critérios de julgamento externos à pirâmide formal, a exemplo dos chamados princípios jurídicos, das políticas públicas, de fórmulas econômicas e até de preconceitos morais, alguns destes, inclusive, com ares de legitimidade formal, a despeito da ausência de previsão expressa (ZANON JUNIOR, 2019a, p. 266).

A terceira crítica é direcionada à forma do sistema jurídico. Logo, não é possível sustentar a forma piramidal, com a norma fundamental no topo e a base composta pela norma individual do caso concreto, em razão do reconhecimento da relação de complementariedade entre direito e moral, além da inserção de princípios que são utilizados para dar vigência e eficácia ao sistema (ZANON JUNIOR, 2019a, p. 266).

A quarta crítica se refere à aplicação por subsunção, pois não há correspondência entre a norma jurídica em abstrato e o fato concreto pendente de solução, o que impede simplificar a visualização da atividade decisória exclusivamente como um raciocínio lógico dedutivo entre as premissas maiores (órgão legislativo) e as premissas menores (caso concreto), sendo necessário compreender esta complexa atividade também como um empreendimento argumentativo, vinculado às fontes jurídicas (ZANON JUNIOR, 2019a, p. 266).

Por fim, a discricionariedade judicial para resolução de casos difíceis é criticada em razão da amplitude oferecida ao aplicador do direito para decidir o caso concreto. É necessário reduzir a discricionariedade do magistrado tendo por finalidade aumentar a previsibilidade da conduta correta e promover a segurança jurídica (ZANON JUNIOR, 2019a, p. 267-268).

Esta é a síntese das principais críticas deduzidas em face do positivismo jurídico, suficiente para os fins deste artigo científico, de modo a permitir o avanço no cerne da discussão proposta.

3 AS CORRENTES DO PÓS-POSITIVISMO E OS MOMENTOS DE DEFINIÇÃO DO DIREITO

As críticas ao positivismo jurídico estão, geralmente, acompanhadas de propostas alternativas (concorrentes entre si) que têm por objetivo apresentar um novo paradigma para a ciência jurídica (e, assim, para a compreensão do sistema jurídico). Embora se reconheça que o positivismo jurídico ainda não foi substituído como doutrina de maior difusão na academia,

já é possível antever o fortalecimento de um movimento amplamente heterogêneo, conhecido como pós-positivismo.

Para fins didáticos, observadas as finalidades deste texto, é suficiente agrupar as principais correntes pós-positivistas em três ordens: 1) procedimentalismo, com base teórica assentada nas teorias argumentativas (Robert Alexy, Manuel Atienza etc); 2) substancialismo, com viés hermenêutico ou interpretativista (Ronald Dworkin, Lenio Streck etc); e, 3) pragmatismo, influenciado pela filosofia pragmática norte-americana (Richard Posner etc) (ZANON JUNIOR, 2019a, p. 269-277).

Não serão apresentadas as características destas três correntes teóricas, porquanto extrapolam o objetivo do presente texto. Conforme apresentado na introdução, o objetivo é iniciar o debate sobre a circunstância delas estarem focadas na atividade judicial (a produção/aplicação do direito pelos juízes), deixando de abordar, ao menos com a intensidade necessária, o tema da delimitação e qualificação da atividade legislativa (a produção do direito pelos legisladores). Esse foco na atividade judicial, e não na atividade legislativa, talvez possa ser explicado em razão do atual modelo de democracia (uma cabeça, um voto) ser considerado como padrão indiscutível, possivelmente ante os problemas históricos dos regimes alternativos.

Nesse particular, cabe reiterar que a produção formal do direito é dividida em ao menos dois momentos distintos, quais sejam, a positivação da norma (atividade legislativa) e a interpretação e aplicação da norma positivada (função jurisdicional). Em todos estes momentos surgem fontes jurídicas específicas, mormente considerando o modelo híbrido brasileiro, que admite a legitimidade da invocação de legislação (decorrente da positivação), de precedentes (oriundos da aplicação judicial) e de decretos, portarias e outros atos governamentais (dimanados da programação executiva) como critérios de justificação e fundamentação das decisões (ZANON JUNIOR, 2016, p. 303-317).

Segundo a visão tradicional, a criação formal do direito encontra seu fundamento no conceito de soberania popular, que fundou o estado moderno com o sistema democrático, definido como o procedimento eleitoral em que o povo elege seus representantes pelo sufrágio universal, os quais (representantes eleitos) criam os textos normativos que devem ser obedecidas pelo povo, já que nada mais seriam do que a vontade do próprio povo.

Adicionalmente, no padrão do *civil law* (direito estatutário ou codificado), o princípio da separação dos poderes é interpretado no sentido de vedar ao julgador a legitimidade formal

para criar padrões de julgamento, devendo se limitar a aplicar aqueles previamente produzidos pelo legislador democrático¹. Todavia, não se ignora, evidentemente, que o modelo brasileiro é híbrido e, por disposição constitucional, inclusive, estabelece a legitimidade formal dos magistrados, seja para negar validade à legislação posta (mediante controle de constitucionalidade), como também para fixar padrões de julgamento (através de súmulas vinculantes, temas de julgamento repetitivo etc).

Ademais, mesmo que não houvesse este reconhecimento constitucional à força gravitacional dos precedentes, nos termos expostos no parágrafo anterior, cabe lembrar as palavras de Ferrajoli, no sentido de que “os espaços de discricionariedade da jurisdição, de fato, são inegáveis” (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 46). Justamente em razão da indeterminação semântica das normas, não há garantias de que o poder dos juízes seja, de fato, um poder apenas reprodutivo (e não também criativo). Para Ferrajoli, quando o juiz acaba criando o direito, em razão do vácuo semântico, esse poder do juiz se transforma naquilo que o referido autor italiano chama de “poder de disposição”, o qual, para ele, é ilegítimo (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 51).

Esta atividade ilegítima caracterizaria o que se convencionou chamar de ativismo judicial, expressão que, para os fins deste texto, compreende-se como:

[...] a circunstância fática de a jurisdição procurar ativamente contrapor as opções políticas das demais esferas de Governo, notadamente dos representantes democraticamente eleitos para o parlamento, com vista a promover determinadas propostas sociais ou econômicas, mediante interferência em políticas públicas ou modificação do equilíbrio de valores plasmado na constituição, geralmente através do controle de constitucionalidade (ZANON JUNIOR, 2019b, p. 209).

Lenio Streck também critica o ativismo judicial, definindo-o como poder ilegítimo do juiz na criação do direito. Consoante ele, há um fenômeno chamado de pamprincipiologismo, segundo o qual os tribunais criaram (e criam) uma lista interminável de princípios (tantos quantos necessários) para solver os casos difíceis ou corrigir as incertezas da linguagem normativa (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 67). Trata-se, na sua visão, de “forte componente da fragilização do direito” (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 67).

1 Deve-se entender por legitimidade, categoria aqui empregada, como legitimidade procedimental, que qualifica o ato com presunção de validade de acordo com as regras previstas para produzi-lo, vale dizer, criação de normas através de processo legislativo.

Estas críticas refletem uma ampla discussão acerca da função criativa dos magistrados, ainda que haja previsão normativa neste sentido, a exemplo do estabelecimento constitucional das súmulas vinculantes e da previsão ordinária para a criação de temas de observância obrigatória na nova legislação processual civil. Esta dimensão criativa geralmente se manifesta na fase de justificação das decisões (PEIXOTO, 2019, p. 655).

Sua menção aqui é para exemplificar a tendência das correntes pós-positivistas, em geral, em não focar a atividade produtiva do legislador, ante seu caráter democrático, passando a enfatizar as críticas com relação à atividade jurisdicional, mormente na produção de súmulas, temas e precedentes obrigatórios, com considerável grau de força no sistema jurídico.

Mais do que isto, admitem que a produção legislativa (o fenômeno da positivação) resulta em textos normativos ambíguos, incompletos e/ou contraditórios entre si, mas focam suas críticas na interpretação deste material imperfeito pelos magistrados, mormente diante da margem de manobra (e, conseqüentemente, da discricionariedade) que, invariavelmente, ensejam.

Em síntese, as atenções dos teóricos do pós-positivismo são voltadas à conduta do aplicador, que debatem a respeito de quais fontes podem (e em que medida) ou não ser utilizadas pelo aplicador no momento da resolução do caso concreto. Talvez, isso decorra do fato de se ter externalizado este problema/assunto para outro campo de estudo, como a ciência política, apesar de suas importantes implicações na seara jurídica.

Há um aparente conformismo em relação à defeituosa atividade legislativa (positivação do direito) e um inconformismo direcionado à atividade judicial no momento da aplicação do direito, o que resulta nas regras de conduta do julgador na apreciação do caso concreto.

Não se pretende defender o ativismo judicial, mas tão-somente demonstrar que o direito pode ser compreendido como uma atividade complexa dividida em três momentos (positivação, execução e aplicação judicial), enquanto as críticas estão focadas principalmente a esta última, porquanto gera o chamado ativismo judicial.

As críticas ao ativismo judicial decorrem da falta de legitimidade das decisões judiciais ao se contraporem àquelas adotadas pelo parlamento, cuja legitimidade (das decisões do parlamento) decorre do sistema democrático, que supostamente (ou, ao menos, formalmente) representa a vontade popular.

Adiciona-se, ao argumento da legitimidade procedimental (decorrente do sistema democrático), a necessidade de preservação da segurança jurídica, que determina a previsibilidade das decisões judiciais.

Dimitri define a segurança jurídica como o objetivo central do direito moderno. É princípio estruturante do sistema capitalista, que depende de estabilidade e previsibilidade. Além disso, evita decisões casuísticas, mediante critérios subjetivos, numa sociedade que valoriza a igualdade de direitos (DIMOULIS, 2006, p. 197).

Há, portanto, um dever de vinculação do aplicador do direito ao texto legal produzido pelo legislador, característica esta marcante do juspositivismo e, também, adotada por algumas vertentes do pós-positivismo. Disso não se pretende discordar.

Acredita-se que a maneira mais eficaz para preservar o sistema democrático e alcançar a segurança jurídica deve ocorrer por meio da maior vinculação das decisões judiciais ao texto legal, pois isso garante a previsibilidade dos julgamentos e inspira a igualdade de tratamento.

No entanto, talvez o debate deva também focar o momento anterior, a fase de produção dos textos legais (positivação), pois assim se pode diminuir as inconstitucionalidades, ambiguidades, lacunas e contradições no sistema, as quais são os elementos que justamente tendem a promover o chamado ativismo judicial. Entretanto, isso redundaria em uma discussão complexa, afeta à qualificação da atividade judicial, a qual, por sua vez, perpassa pela discussão do método de seleção dos legisladores e, outrossim, redundaria em um debate sobre o modelo de democracia.

4 ATIVIDADE LEGISLATIVA QUALIFICADA

Transferir o debate a respeito da definição do direito para o momento da sua criação (atividade legislativa) implica reconhecer o inconformismo do direito criado.

Atualmente, são admitidos dois (e apenas posteriores)² sistemas de controle da atividade legislativa, no que se refere à inconformidade à criação de textos legais.

O primeiro deles é o controle de constitucionalidade (difuso e/ou concentrado), que poderia ser classificado como técnico-jurídico, diante da verificação de validação das normas de hierarquia infraconstitucional.

² Em questões pontuais o Supremo Tribunal Federal já admitiu controle de constitucionalidade preventivo: (i) quando a proposta de emenda constitucional violar cláusula pétreia; (ii) tramitação de projeto de lei ou emenda à Constituição que violar regra constitucional que discipline processo legislativo. Precedentes: MS nº 20.257, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 08/10/1980; MS nº 24.642, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 18/02/2004.

O segundo, por sua vez, é o próprio sistema democrático relacionado à eleição de parlamentares, que corresponde à vontade do poder político que será dominante, podendo ser classificado como eminentemente político. Nesse caso, a insatisfação da sociedade com a atuação da atividade legislativa poderá, em tese, comprometer os projetos de reeleição de parlamentares (ou dos partidos correspondentes, os quais correspondem à vontade que será dominante) e alçar outros candidatos – partidos ou vontades políticas – para ocupar cargos com atribuição de criação de textos normativos (atividade legislativa).

Esse é o argumento apresentado por Dimitri para validar e modificar o ordenamento jurídico:

Dito de forma simples, determinado ordenamento jurídico vale porque corresponde à vontade do poder político dominante e até que essa vontade seja modificada em razão de uma nova correlação de forças que imporá um novo ordenamento (DIMOULIS, 2006, p. 208).

Daí resulta que o controle sobre a atividade legislativa, que tem por finalidade a criação do texto normativo, é extraído do próprio sistema democrático, o qual é encarregado de validar o ordenamento jurídico e modificá-lo quando não corresponder mais à vontade política dominante.

Todavia, a fragilidade desse sistema é percebida pela ausência de mecanismos que vinculam as promessas de campanha ao exercício do poder. Se as promessas de campanha não podem ser cumpridas, toda a eleição pode estar baseada, em tese, em uma encenação, de maneira a reduzir a legitimidade política. Ademais, há independência do legislador para produzir textos normativos contrários à vontade social que o levou ao cargo político, de modo a reduzir a democracia a uma questão de confiança subjetiva, calcada geralmente na imagem pessoal do candidato.

Qualquer proposta de restrição à liberdade política de criação do direito poderia ser vista como retorno ao jusnaturalismo, o qual como visto, previa certa obediência do direito positivo ao direito natural, o que não é o caso do presente artigo.

A complexidade da discussão aumenta quando se considera que a democracia possui seus “inimigos íntimos” (TODOROV, 2012, p. 18), cabendo argumentar, no ponto, que o objetivo deste trabalho certamente não é fomentar o “ódio à democracia”, (RANCIÈRE, 2014, p. 8). Ao contrário, refletir sobre o tema é necessário para que a chamada democracia criminosa (RANCIÈRE, 2014, p. 8) não se estabeleça.

Nesse contexto, entende-se que o debate sobre teoria da decisão que anima os pós-positivistas não pode partir da premissa de que a criação do direito, representada pela

atividade legislativa, é dogma integrante do ordenamento jurídico que não precisa ser aperfeiçoado, sobre o qual não se lançam quaisquer luzes de reflexão.

Isto porque há uma relação de causa (qualidade dos textos normativos) e sintoma (aplicação judicial) envolvida na espécie, de modo a recomendar a discussão sobre a qualidade da produção legislativa.

Do mesmo modo, a atividade legislativa impacta na segurança jurídica, porquanto uma menor discricionariedade franqueada ao intérprete e aplicador (julgador) depende de qualidade na atividade de produção de textos legais.

Em outras palavras, a norma jurídica será bem interpretada e aplicada (atividade judicial) quando for bem criada (atividade legislativa) e, para isso, as diversas teorias sobre fontes de interpretação da norma que disciplinam sua boa aplicação devem se fazer acompanhar de semelhante teoria a respeito da sua criação, observando a distinção de suas atividades.

Na atualidade, há uma aparente assimetria entre a sociedade complexa e o poder político que representa a vontade social, que é usado para legitimar a criação das normas jurídicas positivas. Enquanto os ramos do conhecimento se especializam, o sistema democrático permanece atrofiado no generalismo, incapaz de discutir e criar normas com menor margem de conflitos no momento da sua aplicação.

A composição parlamentar representa a heterogeneidade social, que no campo das ideias políticas é polarizada por essência e, por sua natureza, em alguns aspectos, incapaz de obter pontos de convergência para resolução de conflitos através da construção de normas jurídicas positivas. Assim, para suprir as lacunas legislativas, a atividade judicial exerce seu poder discricionário, muitas vezes pelas vias do ativismo judicial.

Outrossim, o ativismo judicial encontra seu espaço de atuação na medida em que a atividade legislativa é incapaz que construir o direito positivo, especialmente em questões controvertidas que conduzem à polarização de ideias que impedem a convergência para qualquer ponto comum.

Esse ciclo se complementa com a insatisfação quanto ao resultado da atividade judicial, sobre o qual as teorias pós-positivistas concorrem para controlar a discricionariedade, com critérios objetivos e de previsibilidade. Vale dizer, a teoria da decisão jurídica é sobrecarregada com ideias que têm por objetivo aperfeiçoar ou apresentar novo paradigma ao ordenamento jurídico.

A superação da crise do positivismo jurídico deve incluir o momento da criação da positivação do direito relacionado com a atividade legislativa. O resgate das vantagens do

positivismo jurídico, com menor discricionariedade e maior segurança jurídica, poderá ser alcançado com o aperfeiçoamento e a qualificação da atividade legislativa.

Nesse aspecto, não basta que a composição parlamentar reflita a heterogeneidade social, mas também, seja dotada de sólidas bases científicas para enfrentar conflitos a serem resolvidos com a produção de norma positiva e que demandem conhecimento especializado.

Assim, a democracia representativa deverá incorporar elementos tecnocráticos que se relacionem tematicamente às normas jurídicas a serem construídas pelo parlamento, de modo a qualificar o direito positivo pelo legislativo, reduzindo as chances de discricionariedade por ocasião da interpretação e aplicação da norma.

CONCLUSÃO

A proposta deste artigo é no sentido de que as teorias pós-positivistas tratem não apenas do controle da discricionariedade judicial, mas também se preocupem com a qualidade da produção legislativa, com base na premissa de que o texto normativo será bem interpretado e aplicado (atividade judicial) quando for bem criado (atividade legislativa).

Na primeira parte deste texto, foi apresentada a evolução de pensamento jurídico-político, do Estado medieval para o moderno, a partir da superação do jusnaturalismo pelo juspositivismo. Nesse item, destacou-se que a criação do direito passou a ser fundamentada a partir da vontade do homem ao invés de observar a vontade divina.

Nesse aspecto, o juspositivismo encontrou terreno fértil no século XIX, a partir da ascensão das ciências sociais, das bases teóricas do método científico e da consequente valorização da racionalidade como fator de autodeterminação do ser humano.

Todavia, esse modelo de configuração do ordenamento jurídico não foi suficiente para resolução dos conflitos sociais através de normas positivas, conforme se verificou resumidamente no segundo item, o qual apontou os fatores de crise do positivismo jurídico.

Na terceira parte deste trabalho, por sua vez, foram apontadas as teorias pós-positivistas que se ofereceram como modelo para superar essa crise, mas todas elas reconhecem o dogma da democracia representativa e focam a solução do problema em teorias sobre a atividade judicial, sem aprofundamento de reflexões sobre o momento inicial da construção do direito, relacionado à atividade legislativa.

Diante disso, a última parte deste trabalho sugere que a superação da crise do positivismo jurídico inclua, além das já conhecidas teses do pós-positivismo, reflexões sobre a atividade legislativa. Nesse aspecto, devem ser valorizadas as bases científicas e o

conhecimento especializado, mediante a incorporação de elementos tecnocráticos no sistema democrático representativo.

Tem-se plena convicção que a matéria tratada é complexa e polêmica e, por isso, o debate é reintroduzido sem pretensão de aprofundá-lo no momento.

A complexidade decorre da natureza da discussão do tema, que pode implicar a releitura do conceito de democracia. As críticas à democracia podem ser percebidas como antidemocráticas, como sinônimo de defesa de regimes totalitários ou elitistas.

No entanto, o efeito pretendido é justamente o inverso.

Após o estudo sobre a superação do jusnaturalismo pelo positivismo jurídico e as posteriores críticas a este modelo, é possível constatar que o pensamento classificado como pós-positivismo direciona boa parte de seus esforços ao momento de aplicação do direito, na medida em que apresenta teorias de decisão judicial.

Contudo, entende-se que a discussão não está completa, sendo necessário adicionar ingredientes de reflexão que também se destinam ao momento de positivação dos textos legais, representado pela atividade legislativa.

Assim, a discussão é iniciada, ainda que de maneira superficial, com a possibilidade de considerar a qualificação da atividade legislativa, que pode resultar da especialização da ciência política, cuja finalidade é o aperfeiçoamento das normas jurídicas positivas, e em consequência, obter as almejadas previsibilidade e segurança jurídica, por ocasião da resolução dos conflitos sociais.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

COSTA, Júlio de Almeida. **História do direito português**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio. TRINDADE, André Karam. (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução Claudia Berlinder. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40. Título original: Les fondements de l'ordre juridique.

JUSTINIANO I, Imperador do Oriente. **Digesto de Justiniano, liber primus: introdução ao direito romano**. Tradução Hércio Maciel França Madeira. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Título Original: Digesta Iustiniani.

LLOYD, Denis. **A ideia de lei**. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Título original: The idea of law.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: ed. OAB-SC, 2000.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Direito e casuísmo. **Novos estudos jurídicos**, Itajaí, n. 1, p. 643-657, 2019.

RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014. Título original: La haine de la démocratie.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 271. Título original: On law and justice.

STRECK, Lênio. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. Tradução Joana Angélica d'Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Título original: Les ennemis intimes de la démocratie.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. 2 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019a.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Formas jurídicas. **RECHTD**, São Leopoldo, v. 8, p. 303-317, 2016.

ZANON JUNIOR, Orlando. **Teoria complexa do direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019b.