



## A “aliança estratégica” entre positivismo e hermenêutica de Streck

Em interessante artigo publicado na **ConJur**[1], o professor Lenio Streck afirmou reconhecer que “o positivismo [jurídico] exclusivo” — especialmente na “versão de [Joseph] Raz e [Scott] Shapiro” defendida, no Brasil, por mim e pelo professor André Coelho[2] —, pode “contribuir sobremodo para uma crítica eficaz [...] ao ativismo que se espalha cada dia mais no país”. Nessa linha, sugeriu que talvez seja prudente estabelecer uma “aliança estratégica” entre a hermenêutica e “alguns dos pressupostos” adotados pela teoria juspositivista, de forma a elaborar um “plano salvacionista” contra o ativismo judicial.

As palavras de Streck pegaram muitos de surpresa. Por quê? Simples. Todo o percurso teórico do pós-positivismo hermenêutico defendido pelo autor tem se caracterizado pela tese da “superação filosófica” de “todos” os positivismos jurídicos — os quais não teriam aceitado a “viragem interpretativa ocorrida na Filosofia do Direito (invasão da Filosofia pela linguagem) e suas consequências no plano da doutrina e da jurisprudência”[3]. Streck está disposto a abrir mão dessa premissa? No texto ora comentado, ele deixa bem evidente que não. Mas, isso posto, como poderia ser concebida tal “aliança estratégica”?

É preciso muita cautela ao responder essa pergunta. Desde logo, creio ser necessário advertir: caso não se queira cair em sincretismos teóricos irresponsáveis, a proposta do professor Streck deve ser analisada em suas devidas proporções. Por óbvio, ela não pode ser entendida como um esforço de *integração conceitual* entre premissas empregadas por ambas as correntes de pensamento. Isso, mais do que inconveniente, seria impossível: a metodologia do positivismo jurídico contemporâneo afirma ser necessário, em um processo de adesão por método, descrever o direito de forma moralmente desengajada antes de avaliá-lo. Como consequência, tem-se a proposição teórica, muito bem resumida por Brian Leiter, de que “normas epistêmicas, sozinhas, são suficientes para demarcar o fenômeno jurídico”[4], algo que Streck, partidário da “tese da descontinuidade”[5] e do Direito como “conceito interpretativo” (Dworkin), não está disposto a aceitar. Sendo assim, concorde-se ou não com a dita “superação filosófica”, o fato está a ilustrar que, a não ser que uma das partes do debate venha a mudar de opinião, os *inputs* do positivismo descritivo e do pós-positivismo hermenêutico são, simplesmente, incompatíveis. Pós-positivistas continuarão afirmando que o positivismo foi “superado”, e positivistas continuarão apontando falhas nesse raciocínio.

E os *outputs*? Seriam também eles inconciliáveis? Não necessariamente. Aí mora o cerne do “plano salvacionista” de Streck: o desacordo teórico sobre as fundações do Direito não impossibilita uma *abordagem pragmática* destinada a iluminar e sistematizar eventuais *similaridades de resultado* entre teorias rivais no plano conceitual[6]. Isso não significa negar a importância dos debates conceituais mais abstratos sobre a natureza do Direito, e sim afirmar que a invocação de tais divergências metateóricas perde sua razão de ser quando, de forma contingente, duas partes teoreticamente dissidentes consentem em unir forças e refinar argumentos com o objetivo de alcançar um resultado prático específico que concordam ser importante.

Nesse sentido, avizinhar positivismo e pós-positivismo hermenêutico, nos termos propostos por Streck, significa engajar-se em um empreendimento de natureza *crítico-normativa* que (i) toma como *critério de utilidade* (“podem ser úteis”) a premissa de responsabilidade política do Poder Judiciário em contextos



subordinados a constituições democráticas moralmente boas e (ii) propõe-se a *fazer uso* (“podem servir”) de alguns ensinamentos do positivismo jurídico que possuem potencial bélico contra o “*Estado de Exceção Interpretativo*” observado na atual prática jurisdicional brasileira.

Mas ora: na correta lição de Andrei Marmor, o “positivismo jurídico não é uma teoria sobre o dever moral de juízes”<sup>[7]</sup>. Seria, então, possível “usar” teses de teorias que entendem estar procedendo a uma mera descrição da “natureza do Direito”? É claro que sim<sup>[8]</sup>. Virtualmente, nenhum “positivista descritivo” nega a necessidade e a importância do empreendimento de *avaliação moral pós-descritiva* daquilo que foi angariado como *juridicamente vinculante* em um primeiro momento (pós-positivismo fraco). E uma das possibilidades pós-descritivas é, exatamente, a defesa da *primazia do texto* constitucional e legal.

Os positivismo de Raz e de Shapiro ligam-se, de forma muito íntima, a relevantes ensinamentos da *teoria da autoridade* que, a meu ver, possuem *grande potencial normativo* no combate ao ativismo judicial. Não só partem de algumas premissas sempre ressaltadas pelo próprio professor Streck — caráter necessariamente intersubjetivo do fenômeno jurídico, responsabilidade política de magistrados, inexistência de “grau zero” interpretativo etc. —, como também afirmam, cada qual a seu modo, que a característica especial do sistema normativo que conhecemos como “Direito” é a de pretender agir por meio de “razões protegidas”, isto é, razões que, em diferente plano lógico, visam *impedir* ou *precluir* o balanço de razões dos indivíduos submetidos à autoridade sobre a conveniência ou não de fazer aquilo que é determinado pela norma jurídica. Em outros termos, é uma característica marcante do Direito *reivindicar a autoridade moral* de dar a “última palavra” sobre questões sociais moral e politicamente controversas, mesmo *contra* opiniões individuais sobre o acerto ou não das soluções institucionalmente desenhadas.

Aqui, a “aliança estratégica” começa a ficar um pouco mais clara. Streck, por exemplo, afirma corretamente que “[d]eve haver possibilidades de determinações objetivas no Direito”, bem como que “[D]ireito não pode ser produto de desejos, paixões e ideologias”<sup>[9]</sup>. Ora, eu já li algo parecido em algum lugar. Onde? Justamente em *The Authority of Law*, trabalho no qual Joseph Raz esclarece que discussões sobre validade jurídica são resolvidas “em questões suscetíveis de determinação objetiva, acerca das quais as visões políticas e morais de uma pessoa são essencialmente irrelevantes”<sup>[10]</sup>. Shapiro vai além e, em nítida aproximação com o *positivismo ético* (teoria que não se pretende metodologicamente descritiva, e sim *prescreve*, como dever hermenêutico do magistrado, a identificação desengajada do Direito pressuposta pelo positivismo excludente<sup>[11]</sup>), sustenta que a lógica do planejamento jurídico-constitucional “é respeitada apenas quando o processo de interpretação jurídica não reabre aquelas questões que o Direito objetiva solucionar”<sup>[12]</sup>. Segundo ele, com autodisciplina, magistrados devem aplicar o Direito *inside the box* — procedendo a uma mera explicação razoável da *ideologia* suportada pelo *sistema*.

Tudo isso torna lícito sugerir que existe uma dimensão pragmática à qual positivismo e pós-positivismo podem voltar-se de forma amistosa. Positivistas podem lançar mão de argumentos do pós-positivismo hermenêutico como o “pamprincipiologismo”: não há nada de mais ofensivo aos propósitos autoritativos e planejadores do Direito do que a existência de magistrados que criam “princípios” moralmente corretivos com o fim de tentar conferir legitimidade postíça a interpretações que nitidamente não retratam o “ponto de vista jurídico”. Da mesma forma, o pós-positivismo hermenêutico pode emprestar à



sua argumentação teórica e prática ensinamentos do positivismo: a afirmação do professor Streck de que “o que não podemos fazer é cumprir a lei só quando nos interessa”<sup>[13]</sup> faz perfeito sentido caso o sistema jurídico seja, em alguma medida, *valorado* como uma entidade institucionalizada lógico-temporalmente predecessora ao intérprete, suscetível de determinação objetiva (Raz), que tem por finalidade moral precluir, substituir ou afastar aquilo que o magistrado, pessoalmente, pensa ser “certo ou errado” (Shapiro/Waldron/Campbell).

Esse é apenas um dos inúmeros exemplos conciliatórios que podem ser construídos. Estou ciente de que tudo isso pode parecer um pouco escorregadio ao leitor mais cético. Não poderia ser diferente: após aproximadamente duas décadas de beligerância, muitas vezes irracional, entre positivismo e pós-positivismo, qualquer proposta de *aproximação pragmática* entre as duas teorias tem a tendência de soar como um tipo de engodo intelectual intrinsecamente confuso e potencialmente destrutivo. Mas as coisas não precisam ser assim. Parece estar aberta a temporada da boa vizinhança. Com o devido cuidado, o jurista que franze o sobrolho a cada decisão judicial ativista proferida pelos tribunais pátrios pode esbaldar-se em teses relevantes de ambas as teorias. Há bons argumentos dos dois lados, e nada leva a crer que, com boa vontade, alguns deles não possam ser mutuamente reforçados.

[1] Cf. o artigo *Hermenêutica e Positivismo contra o Estado de Exceção Interpretativo*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-25/senso-incomum-hermeneutica-positivismo-estado-excecao-interpretativo>.

[2] Tudo o que será escrito, por mim, neste ensaio, é de responsabilidade exclusivamente minha. Pode haver proposições com as quais o professor André Coelho, mesmo sendo adepto do positivismo jurídico excludente, não concordará.

[3] STRECK, Lenio. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?*. In: Revista NEJ – Eletrônica, Vol. 15 – n. 1 – p. 158-173 / jan-abr 2010, p. 159.

[4] LEITER, Brian. *Naturalizing jurisprudence: essays on American legal realism and naturalism in legal philosophy*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 168.

[5] Para Streck, “pós-positivismo não é uma continuidade do positivismo” (STRECK, Lenio. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 132). Sobre a rejeição da “tese da complementariedade” proposta por autores do positivismo incluyente, cf. STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57.

[6] Cf. CANO, Roberto M. Jiménez. *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 110.

[7] MARMOR, Andrei. *Philosophy of Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2011, p. 114.

[8] Em crítica a Herbert Hart, Waldron apontou para o fato de o autor britânico “não ter feito nada” com teses “descritivas” que eram “certamente promissoras” a finalidades normativas como a crítica ao *judicial review*. Não à toa, Waldron acrescentou que seu propósito, naquele livro, era “desenvolver um argumento [normativo] que poderia ter sido construído nas fundações que Hart nos proveu, mas que não foi” (WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999).

[9] Cf.: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-21/senso-incomum-pec-37-emenda-insensatez-pes-curupira>.

[10] RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009, p. 152.

[11] Cf. WALDRON, Jeremy. *Normative (or Ethical) Positivism*. In: COLEMAN, Jules (ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript of the Concept of Law*. New York: Oxford University Press: 2001,



---

p. 414. Mesmo na hipótese de deslocamento do debate para a área da *filosofia política normativa*, da qual, segundo Andrei Marmor, o positivismo ético faz parte, a “aliança estratégica” proposta pelo professor Streck ainda deve ser vista com cautela. Streck, por exemplo, afirma que, à luz de sua teoria, “o rigoroso controle das decisões judiciais (...) não quer dizer — sob hipótese alguma — diminuição do papel da jurisdição (constitucional)”. O positivismo normativo, neste ponto, é mais radical, e defende, sim, que o papel da jurisdição deve ser reduzido.

[12] Idem, p. 398. A tradução de “unsettle” e “settle” como “reabrir” e “solucionar” pareceu-me mais adequada ao contexto da frase de Shapiro.

[13] STRECK, Lenio. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?*. In: Revista NEJ – Eletrônica, Vol. 15 – n. 1 – p. 158-173 / jan-abr 2010, p. 171.

**Date Created**

23/03/2016