

Sete erros sobre sete afirmações comuns sobre o positivismo



Lenio Luiz Streck
jurista e professor

1. Introito

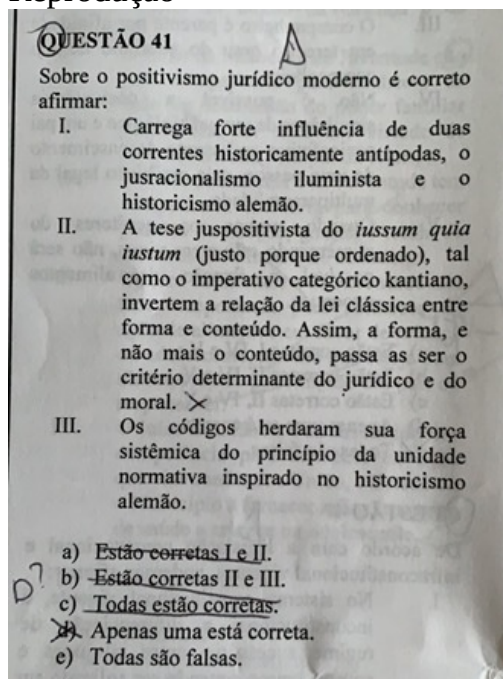
O positivismo é um tema complexo. Todos os dias é possível perceber os erros cometidos nas escolas, nas ruas, campos, construções, fóruns e tribunais, parafraseando a famosa canção.

Se nas práticas cotidianas do Direito esse conceito é maltratado, também sua reprodução em redes sociais ajuda a fragilizar o conceito.

E em questões de concursos públicos o positivismo é maltratado. Mas nada surpreende. Não faz muito, um professor de direito escreveu perigosamente sobre "positivismo", publicando um post (portanto, rede social) dizendo que o Brasil teria saltado para o pós-positivismo sem nem ter sido nem remotamente positivista, do que concluiu que "para os amigos, princípios, para os inimigos, nem a lei". Como mostrarei, há muitos erros nessas poucas palavras. Faltou só dizer que Kelsen separou o Direito da Moral.

Já no concurso público para Promotor de Justiça do DF, o positivismo sofre mais uma vez. Vejam:

Reprodução



O gabarito diz que somente a alternativa II é correta. É o que se deduz. Nem vou discutir as alternativas I e III. Apenas digo que a II está errada. Logo, todas estão erradas. Na verdade, errada está a questão já no enunciado. Mais: Imperativo categórico? Porque inverteria a relação "clássica" (naquele momento?) entre forma e conteúdo? Por que o positivismo estaria preocupado com o justo (no sentido de "justo porque ordenado"?). Só na vulgata que se espalhou, para "diferenciar" o positivismo do jusnaturalismo. Mas é uma vulgata. De todo modo, como um relógio que acerta a hora duas vezes por dia, a questão acerta ao falar da questão da forma. Porém, o ponto está no *autorictas non veritas facit legem*. Enfim, o fato é que a questão não poderia ter sido formulada desse modo.[1](#)

Pois é. O que seria, para a banca, o positivismo moderno? Qual era o antigo e qual é o contemporâneo? Questão nula. Aliás, se a banca deseja exigir esse grau de conhecimento, ela mesma deveria o ter.

Diante desses constantes erros, proponho abriremos um diálogo esclarecedor sobre teorias do direito e a prática jurídica no Brasil. Precisamos falar sobre teoria do Direito. Dias desses tive que esclarecer — e já fiz isso em textos, palestras e grupos umas trocentas vezes —, em um grupo de whatsapp, que positivismo é uma teoria descritiva, empirista... e que Kelsen não era um exegetista.

Sigo. Tanto no post do professor como na questão do concurso, estamos diante de uma sintomática falta de epistemologia no Direito. Sim, epistemologia, essa palavra tão maltratada aqui mesmo na **ConJur**, como vi dia desses. De todo modo, um esclarecimento: epistemologia é fruto da modernidade.

Não dá para brincar com conceitos jurídicos. Imaginemos alguém falando sobre filosofia e colocar Platão como um moderno. Ou colocar a *adaequatio intellectus et rei* como uma "conquista" do *linguistic turn*. Alguém diria: como assim? Pois é. Por que é que no Direito isso pode?



Já (ou)vi em tribunais coisas como "agora serei um positivista kelseniano e aplicarei a letra da lei". Errado.

No Direito, parece ser comum essa prática. E se ignora os positivismos pós-hartianos. E assim por diante. Até hoje, depois de tanto tempo, positivismo jurídico é tratado como se fosse "aplicar a letra fria da lei".

Preocupante. Dois séculos de filosofia do Direito ignorados ou negligenciados. Bom, basta ver a questão do concurso e o post do professor. Acho até que o professor do post foi quem fez a questão do concurso.

Vamos ver, então, o jogo dos sete erros. Sem fulanizar. Quero apenas alertar que a *regra*, nas faculdades por aí, é o positivismo ser maltratado. E isso está errado.

2. Enumerarei sete erros comuns

(i) Sob o rótulo "pós-positivismo" encontram-se vários autores da área jurídica e correntes que possuem orientações jusfilosóficas distintas. É um absurdo misturar o que chamei de pamprinciologismo (minhas ácidas críticas estão espalhadas *ad nauseam*) com as teorias bem elaboradas e racionalmente controláveis propostas por autores como Ronald Dworkin e Friedrich Müller, para pegar dois grandes representantes do projeto pós-positivista contemporâneo. Como autor do conceito, tenho conhecimento de causa para falar: pamprinciologismo não é pós-positivismo. Mas não é, mesmo!

Feitos esses esclarecimentos, qual é o busílis? É que, na prática judiciária, as posturas neoconstitucionalistas (sic) no Brasil, longe de exercerem sua postura antipositivista ou não positivista, reforçam os traços de discricionariedade *do qual o próprio positivismo nunca abriu mão*. O que nos leva ao próximo erro.

(ii) O positivismo *não diz* para "aplicar a letra da lei". Positivismo não "manda" que se aplique a letra da lei. Não como ele é entendido há tempos no debate acadêmico. E isso é importante. Se queremos fazer ciência jurídica, não podemos usar conceitos como bem queremos, mas obedecer aos melhores usos e práticas de nossa comunidade de pesquisadores. Sugiro consultar os verbetes Positivismo e pós-Positivismo no meu Dicionário de Hermenêutica. São extensos e detalhados, identificando quase uma dezena de modelos de positivismo. Bem lidos, os erros da questão do concurso não se efetivariam. E nem o post do professor.

Veja-se: o(s) positivismo(s), em suas variantes hegemônicas, *não se preocupa(m) com a decisão*. O positivismo é nada mais que uma *tese conceitual* sobre o direito que pretende descrevê-lo enquanto sistema normativo distinto da moralidade. Não tem pretensão normativa (ou não assume) — variantes desse tipo são a minoria da minoria. É uma teoria descritiva. Empirista. Não cognitivista moral.

(iii) Nesse equivocado sentido do positivismo, o Brasil *sempre foi* positivista. E pela própria crítica do professor, continua sendo, por mais paradoxal que isso pareça ser. É que vivemos sob o pálio de uma doutrina que não doutrina.



(iv) Pelo modelo positivista, ao separar fato e valor, o direito é uma questão de convenção. E sendo assim, quando a convenção se esgota, o juiz decide com discricionariedade. Percebem como o Brasil, é, assim, "muito positivista"?

(v) De novo, o Brasil sempre foi e continua sendo positivista. Pior: pensa-se que o livre convencimento é "uma coisa pós-positivista". Ora, o que é o "livre convencimento"? O que é a prática contemporânea senão a discricionariedade judicial em cima de um convencionalismo e uma doutrina positivista, que só descreve a convenção?

(vi) Princípios não abrem. Princípios fecham a interpretação. Disso se extrai outro erro correlato, o de que princípios "são valores". O que seriam "valores"? Algo externo ou interno? Sem responder a essa pergunta, como falar "bem" ou "mal" de princípios?

(vii) Não foi o "pós-positivismo" que avacalhou isso. Vi que o professor pediu "mais positivismo" (pensando que positivismo é igual a cumprir a letra da lei), portanto, *não significa* nem pedir uma melhor interpretação, nem sequer pedir pela aplicação da lei. Na letra fria ou na letra quente, como já escrevi há mais de uma década no texto "*Aplicar a Letra da Lei é uma Atitude Positivista?*" (atenção: o título é uma pergunta e não uma afirmação).

3. Concluindo

Fiz um esforço proposital aqui para mostrar que a mensagem do professor pode ser virada do avesso, se bem entendidos os conceitos de positivismo e pós-positivismo. E que a questão do concurso do MP-DF é mais um exemplo de má-compreensão do conceito.

Mas não quero dizer com isso que "o mal do Direito brasileiro" seja criado pelo positivismo descritivista! Longe disso. Quem me lê sabe bem disso. Tampouco acredito em uma espécie de "etapismo" em que primeiro um sistema jurídico precise ser positivista para depois ser pós-positivista. Eu, na verdade, nem gosto de usar "pós". Prefiro "não-positivismo".

Talvez o ponto seja: o caso é que desenvolvemos uma cultura jurídica que não é bem "descrita" (assumindo agora essa preocupação) por nenhum desses modelos gerais, mas por uma total fluidez (ductilidade) entre eles ao sabor das conveniências. Um mesmo juiz consegue ser textualista (quer chamar a isso de positivismo exegético? [2](#) OK) pela manhã, pragmatista vulgar (no sentido de sequer obedecer aos rigores metodológicos dessa corrente) à tarde e pamprincipiologista à noite. E isso é socialmente (muito bem) aceito pela comunidade jurídica e legitimado pela nossa doutrina acrílica e criterialista.

Ademais, lembremos também que a legalidade (e não apenas os princípios) pode ser invocada de modo instrumental para beneficiar amigos (falo da referência do post). E lembremos ainda que os princípios podem ser invocados para ferrar inimigos. Então, a bondade ou maldade do positivismo exegético e do pamprincipiologismo (parece ser essa a dicotomia à qual se referiu o professor) não são determinadas assim, *a priori*, de maneira tão maniqueísta. Nem para um lado, nem para o outro.



Talvez a fórmula para descrever o funcionamento do direito brasileiro seja diferente do que o professor propôs. Não é "Para os amigos, princípios. Para os inimigos, nem a lei", mas "para quem eu quiser, quando eu quiser, a 'letra fria da lei' ou o pamprinciologismo".

Repito: concordo com o professor (e faço este texto com toda a lhanza, porque o tema chama o bom debate) no sentido de que nossa crise é (até mesmo) uma crise de legalidade. Sempre invoco Elias Diaz.

Mas não precisamos nem do que se entende (erradamente) por pós-positivismo, nem do que se entende (erradamente) por positivismo (ao menos nos moldes do positivismo que deu para entender da mensagem-post do professor). O que passa é que o Brasil sofre de

- i.
um *excesso* de discricionariedade que extrapola até o que se espera tipicamente de um positivismo convencionalista e
- ii.
o "pós-positivismo" que pretende superá-lo só aposta no mesmo problema: o da discricionariedade, ao apelar (delegar?) ao protagonismo judicial.

O que fica é que, fundamentalmente, precisamos de maior cuidado com os conceitos. Principalmente com o conceito de positivismo. Porque fazemos filosofia o tempo todo, mesmo quando não queremos.

Exatamente para resolver a crise de legalidade, tantas vezes confundida com um tipo de positivismo...!

1 Remeto o leitor à coluna Diário de Classe, onde Gilberto Morbach [esmiuçou o problema](#).

2 Para ver a ficção do "juiz boca da lei", sugiro: Regina Ogorek, *Richterkönig ode Subsumtionsautomat?*, já citada em outros textos meus; também os textos de Mathias Jestaedt (também por mim referidos), mais: Fr. Müller-Christensen (Juristische Methodik), entre outros.

Date Created

22/07/2021