



LEI, SEGURANÇA JURÍDICA E POSITIVISMO JURÍDICO

LAW LEGAL SECURITY AND LEGAL POSITIVISM

¹André Almeida Nelvam

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo clarificar o papel da lei escrita como fonte do direito na perspectiva do positivismo jurídico. Para tanto, empreende o estudo do nascimento da moderna concepção de lei herdada do movimento da codificação, enumerando suas premissas filosóficas, suas características iniciais e sua função como instrumento de formação e realização do direito nos Estados Modernos. Em seguida, são abordadas as duas principais teorias do positivismo jurídico do século XX, dos juristas Kelsen e Hart, com o objetivo de verificar se os cânones da codificação permanecem no que se referem à lei como instrumento de realização material do direito, e quais alterações foram desenvolvidas pela doutrina juspositivista. Conclui-se pela alteração do papel atribuído à lei e do conceito de segurança jurídica.

Palavras-chave: Codificação, Legalismo, Positivismo jurídico

ABSTRACT

This paper aims to clarify the role of the written law as a source of law in the perspective of legal positivism. To this end, undertakes the study of the birth of the modern conception of law inherited from the coding movement, listing their philosophical premises, their initial characteristics and its function as an instrument of formation and realization of the right in Modern States. Then deals with the two main theories of the twentieth century legal positivism, Kelsen of lawyers and Hart, in order to verify that the canons of the code remain as they relate to the law as an instrument of realization of the right stuff, and what changes They were developed by juspositivista doctrine. The results confirmed the change in the role given to the law and the concept of legal certainty.

Keywords: Coding, Legalism, Legal positivism

¹ Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG, Minas Gerais. Brasil – E-mail: andrelnvam@hotmail.com



1 INTRODUÇÃO

A concepção moderna de lei tem seu nascimento das codificações dos Estados Modernos, por meio das quais se operou uma profunda mudança política, social e jurídica. O exercício do poder pelo Estado passou a depender, em grande parte das nações, da instrumentalidade das leis escritas para a realização da segurança jurídica.

Considerando que o positivismo jurídico do século XX se desenvolve a partir desse contexto¹ e que grande parte das críticas voltadas à doutrina positivista se pauta na sua adjetivação como doutrina legalista,² a clarificação depende da confrontação entre os cânones da codificação e as principais teorias juspositivistas.

Para tanto, o caminho será trilhado pela definição dos cânones da codificação e sua comparação com o pensamento positivista, evidenciando similitudes e divergências.

2 OS PRESSUPOSTOS DA CODIFICAÇÃO E A LEI COMO FONTE PRIMÁRIA DO DIREITO

A ideia da lei como fonte primária do direito se desdobra na formação dos Estados Modernos, encontrando ali sua explicação e fundamento. O contexto histórico de surgimento do positivismo jurídico se desenvolve da centralização estatal na criação do direito, seja por meio da formação dos preceitos legislativos ou através do reconhecimento estatal dos costumes. Deriva da superação do dualismo entre direito positivo e natural e a desconsideração desse último como uma categoria de fonte de aplicação do direito.

O papel do juiz como aquele que definirá a regra a ser aplicada em determinado caso, individuando os preceitos gerais, dando-lhes obrigatoriedade concreta e direcionada, adquire matizes diferenciados neste novo momento do direito, de fonte estatal.

¹ Sobre a ligação entre positivismo e codificação: BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Nini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 1995.

² DUARTE, Hugo Garcez. **Pós-positivismo e argumentação jurídica**: reflexão à luz do conceito de direito. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v. 41-1: 73-86, 2013. pp. 73-86. O autor diz que “Referida teoria (pós-positivista) pretendia, para tal, combater características supostamente atribuídas ao Positivismo Jurídico, que teria defendido a inexistência de princípios (ou desprovemento de caráter normativo dos princípios), tendo pregado que o Direito é um modelo de regras; a completude do Direito, isto é, a inexistência de lacunas; a supremacia da lei ordinária sobre a Constituição; e a aplicação do Direito de forma mecânica, consubstanciada na subsunção. Ocorre que, tais características coadunam-se, propriamente, com o legalismo da escola francesa da Exegese do século XIX, pois o Positivismo Jurídico defende posicionamentos totalmente contrários.” (pp. 74 e 75). No mesmo sentido de que o positivismo não é um modelo de regras como acreditava Dworkin: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. **Hans Kelsen: teoria jurídica e política**. 1. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 185-231.



Antes da formação do Estado Moderno, de fato, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar; podia deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural. (BOBBIO, 1995, p. 28).

Antes as fontes tinham equivalência para o julgador, que podia valer-se das que mais entendesse adequadas ao caso para a determinação das normas individuais. O positivismo dialoga diretamente com a redefinição do papel do juiz na estrutura do Estado Moderno, a quem é imposta, em primeiro momento, “a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado, que se torna, assim, o único criador do direito.” (BOBBIO, 1995, p.29).

A função jurisdicional hodierna caracterizada essencialmente pelo vínculo aos preceitos estatais em sua complexa teia organizada encontra, portanto, raiz na maneira como o Estado Moderno fundamenta o direito em suas fontes de criação e aplicação. A atividade jurisdicional desde então é uma atividade vinculada à atividade legislativa e, principalmente, ao monopólio do Estado na criação do direito.

Dentro das teorias contratualistas estão as premissas fundamentadoras da virada estrutural do Estado, que passa a criar mecanismos de controle do próprio exercício do poder. A atividade legislativa codificada consolida-se como mecanismo de previsibilidade, vinculante à aplicação do direito pela jurisdição.

Para a compreensão do atual papel da lei como fonte do direito é preciso buscar no contexto da codificação operada no início do século XIX sua origem filosófica. O momento histórico de profundas mudanças políticas encontra na nova abordagem do direito a ferramenta de estruturação de um Estado Moderno passível de controle por parte dos cidadãos. O contratualismo enxerga na lei previamente materializada através de textos gerais válidos o passo essencial para a realização dos ideais iluministas, combustível das revoluções.

Esse novo direito deveria estar isento de qualquer obscurantismo. Ele constituiria um sistema claro e certo, compreensível para o povo, pois, de agora em diante, o direito deveria estar a serviço do povo. Para alcançar esse objetivo, era preciso preencher duas condições. A primeira era material: a criação de um novo sistema jurídico baseado num novo corpo de fontes; a segunda era formal: uma nova técnica deveria ser desenvolvida para assegurar a aplicação prática do novo direito. A primeira condição foi preenchida pelo direito natural, a segunda pela legislação, em particular pelos códigos nacionais introduzidos em todo o continente europeu. (CAENEGEM, 1999, pp. 103 e 104).



Essa instrumentalização do direito natural através da codificação reflete a “queda da visão de mundo legitimada tradicional e metafisicamente, questionada por um novo conceito de ciência.” (FORST, 2010, p. 46). A concepção moderna de direito natural visava o controle racional da atividade jurídica prática através da fundamentação e fundação direta do direito positivo, por meio da lei escrita.

Rejeitava a concepção do direito natural como um ideal de justiça com uma significação maior do que a da ordem jurídica positiva. Pelo contrário, concebia o direito natural como um corpo de princípios básicos dos quais o direito positivo deveria ser diretamente derivado: era um direito natural aplicado. (CAENEGEM, 1999, pp. 103 e 104).

Era uma visão de direito natural eminentemente racional, caracterizado pela rejeição de outras fontes alheias à razão pura. Gradativamente esta visão pautada na universalidade de preceitos naturais advindos da razão concilia-se com o novo pensamento científico, voltando-se à prática jurídica como base material para a formação das novas legislações e fortalecimento da unificação do poder estatal. Um dos objetivos das codificações era, inclusive, proporcionar aos governos nacionais “um controle firme sobre o desenvolvimento jurídico, que sempre tinha sido obscuro e esquivo, mas que agora as autoridades centrais tinham condições de controlar.” (CAENEGEM, 1999, p. 176). O rompimento com a tradição permitiu o diálogo direto da razão com a realidade para a instrumentalização da primeira através das leis.

Montesquieu empenha-se em mostrar o liame entre a razão e a lei positiva, afirmando que “a lei, em geral, é a razão humana, enquanto governa todos os povos da terra; e as leis políticas e civis de cada nação devem ser apenas casos particulares onde se aplica esta razão humana.” (MONTESQUIEU, 1944, p. 16).

Uma consequência do reposicionamento do direito natural, de fonte direta do direito aplicado para fonte orientadora da atividade legislativa, está na ênfase dada pelo pensamento jurídico da época sobre a impossibilidade de elaborações interpretativas por juízes e advogados. Um exemplo claro está no *Allgemeine Landrecht* prussiano, promulgado em 1774, no qual estava presente a ideia de que “qualquer extensão ou mesmo interpretação do direito por meio de precedentes, comentários ou distinção erudita estava proibida; em caso de dúvida o esclarecimento devia ser buscado junto a uma *Gesetzkommission* oficial (comissão legislativa).” (CAENEGEM, 1999, p. 173).

Os consolidados estatutos legais nos fundamentos políticos-filosóficos iluministas, materializados em sua estrutura racional e conteúdo adequado às necessidades contextuais,



marcaram o novo direito com a cisão entre as funções legislativa e judicial como sendo a primeira a única apta à criação do direito, vinculando a segunda à vontade do legislador.

Inobstante a cisão entre as funções tenha nascimento no Estado Absolutista, como forma de centralização do poder e controle rígido sobre a atividade judicial, tais mudanças foram mantidas pelo pensamento liberal, que adotou a lei como fonte primordial. Na verdade, a essência da separação dos poderes pelo viés liberal agrega outros elementos, de ordem política e estrutural, à codificação absolutista. O monopólio estatal na criação do direito através da figura do legislador, que unificava o poder através da universalização dos preceitos, é mantido, enquanto o exercício deste poder é reformulado adequando-se às ideias de *representatividade e separação de poderes* (BOBBIO, 1995, p. 39).

Em síntese, a lei como fonte do direito nos moldes modernos surge como ferramenta de mudança social e política. Acompanhando as necessidades da época, tinha por objetivo o controle da atividade jurisdicional, imprimindo-lhe previsibilidade decisória. Por consequência, se esperava maior estabilidade com seu uso, pois se fundamentava na razão universal do novo direito natural, ou direito racional. Tal racionalidade refletia o caráter científico de controle direto das relações jurídicas reais, buscando acompanhar as demais ciências que permitiam ao homem maior controle sobre a natureza.

Como dito, a presunção de validade da lei como fonte única do direito se manteve sob a concepção liberal, com novos fundamentos que alteram a dinâmica de exercício do poder de criação das leis. A atividade de aplicação da lei desempenhada pelos juízes, porém, seria a mesma tanto no absolutismo quanto no primeiro momento das codificações liberais. Sem acesso a outras fontes do direito os julgadores deveriam unicamente, por vinculação direta, aplicar a letra da lei, realizando seu conteúdo material como vontade direta do legislador.

Norberto Bobbio (1995, pp. 39 e 40) explica que a separação dos poderes proposta por Montesquieu reflete a monopolização do direito por parte do Estado através da vinculação do juiz ao conteúdo da legislação como meio de predeterminação decisória:

Assim, segundo Montesquieu, a decisão do juiz deve ser uma reprodução fiel da lei: ao juiz não deve ser deixada qualquer liberdade de exercer sua fantasia legislativa, porque se ele pudesse modificar as leis com base em critérios equitativos ou outros, o princípio da separação dos poderes seria negado pela presença de dois legisladores: o verdadeiro e próprio e o juiz que poria sub-repticiamente suas normas, tornando assim vãs as do legislador. (...) A subordinação dos juízes à lei tende a garantir um valor muito importante: a segurança do direito, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme a lei. (BOBBIO, 1995, p. 40).



De fato, o discurso do autor iluminista reflete que o mecanismo de garantia da liberdade política depende da fidelidade do julgador ao conteúdo das leis positivas, devendo julgar estritamente com base na lei. (MONTESQUIEU, 1996, pp. 167 e ss.).

Sob um aspecto temporal da aplicação da lei é possível extrair que a ideia de garantia da liberdade está na segurança proporcionada, somente viável se pressuposta a sua capacidade de previsibilidade decisória material. Há uma ligação funcional entre lei e segurança jurídica. A lei passa a ser a materialização da centralização do direito pelo reconhecimento de uma única fonte primária, previamente criada por órgãos políticos, atribuindo ao Estado função da estabilidade das relações jurídicas entre privados, que contam com a prescrição dos limites da sua atuação na sociedade.

Apesar de não ser uma característica expressamente acentuada pela doutrina, a lei como meio de previsibilidade material é pressuposto do contexto de formação dos Estados Modernos e da codificação, e como consequência, ferramenta da segurança jurídica e de controle da atividade judicial.

3 O DESDOBRAMENTO DA LEI COMO FERRAMENTA DE PREVISIBILIDADE MATERIAL A PARTIR DA CODIFICAÇÃO

O marco da codificação como consubstanciação das mudanças surgidas com os Estados Modernos é o Código de Napoleão de 1804. “Trata-se de um acontecimento fundamental, que teve influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno e contemporâneo.” Com fundamentos filosóficos iluministas, em contraposição à tradição histórica, visava a simplificação racional da linguagem legal para que o direito tivesse na prática uma unidade universal, previsível e acessível a todos os destinatários. (BOBBIO, 1995, pp. 63 a 66).

A irrupção de uma nova tradição jurídica a partir do Código de Napoleão se deve, principalmente, aos seus intérpretes, que consolidaram o princípio da onipotência do legislador. O artigo 4º do Código de Napoleão representa o cerne da interpretação imediata da codificação francesa. Em seu texto prescrevia que “o juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de justiça denegada.” (BOBBIO, 1995, p. 74). Enquanto os redatores do código intentaram evitar a abstenção do julgador em casos de lacunas, os primeiros intérpretes tiraram do dispositivo



o dogma da completude da lei, sob o qual se entende que qualquer resposta deveria ser descoberta no próprio texto, por meio da dedução direta.

Sob esse pensamento se fundou a Escola da Exegese. Sua origem pode ser atribuída a alguns fatores. O primeiro, o próprio fato da codificação como técnica de simplificação da atividade jurídica. O segundo fator se representa pela “*mentalidade dos juristas* dominada pelo princípio da autoridade.” O terceiro é representado “pela *doutrina da separação dos poderes*, que constitui o fundamento ideológico da estrutura do Estado Moderno”. (BOBBIO, 1995, pp. 78 e 79).

Confirmando o espírito decorrente da codificação operada na Europa Continental, a Escola da Exegese se caracterizava essencialmente pelo culto à lei e pela predominância da intenção do legislador na interpretação.

A primeira característica remete justamente à qualificação da lei como fonte primordial do direito em sua forma mais bruta e intensa. O direito positivo como preocupação do jurista se identifica com a lei, que deve ser seguida de forma rigorosa, tanto no âmbito formal quanto material. Não há criação do intérprete, que deve ser limitado diante da inovação técnica da codificação. Interpretação não engloba qualquer criação do direito. (BONNECASE, 1944, pp. 140 a 142).

A codificação apresenta unidade, previsibilidade (segurança) e racionalidade, e por isso é a fonte única do direito, sendo repudiados como fontes os direitos comparado, consuetudinário e a jurisprudência. A interpretação consiste unicamente em descobrir, revelar o sentido da lei.

Por isso, a segunda característica marcante está no predomínio da vontade do legislador na interpretação da lei. A legitimidade do texto legal está na expressão da vontade (intenção) do legislador, que deverá ser guia nos casos suscetíveis de interpretações múltiplas ou obscuras. A vontade do legislador remonta o espírito da unidade legislativa, sendo fonte para a sistematização. A supremacia da vontade do legislador, segundo Bonnecase, ultrapassa a questão do método.

(...) la intención considerada em sí misma, forma, esencialmente, parte integrante de la doctrina debido a que el papel que se le hace desempeñar termina por identificar, em gran parte, la substancia del Derecho positivo com las manifestaciones de la voluntad del legislador. (BONNECASE, 1944, p.145).



Complementando, Norberto Bobbio ainda enfatiza como características uma *concepção rigidamente estatal do direito, respeito ao princípio da autoridade e inversão da relação entre direito natural e direito positivo*. (BOBBIO, 1996, pp. 83 a 89). Tais características agregam perspectivas à construção do contexto para uma leitura mais satisfatória sobre a superioridade da lei como fonte do direito e ferramenta da autoridade.

A lei, conforme características da escola, é o instrumento de otimização do predomínio da autoridade através da prévia instituição de conteúdos normativos. É o elo e, ao mesmo tempo, a linha divisória entre as atividades legislativa e judicial, entre a criação e aplicação do direito. Há, portanto, um aspecto temporal nas etapas: primeiro o legislador determina os conteúdos da norma para, em seguida, o juiz decidir, com base na lei, a solução dos casos concretos. A atividade legislativa tem precedência lógica e cronológica. Por conseguinte, a criação do direito tem precedência à interpretação, que busca desvelar o direito pronto e concluído.

Entretanto, segundo se extrai da obra de Bonnecase, constatando que a lei não expressa literalmente todas as possibilidades, o exercício de interpretação da Escola da Exegese se direcionou para a investigação direta e neutra do contexto em que a lei foi formulada para que fossem desveladas as razões reais que levaram o legislador a criar aquele texto normativo. Assim, deparando-se com as limitações práticas da lei como mecanismo linguístico de previsibilidade decisória material, voltou-se, inicialmente, para a busca da vontade real do legislador.

Ainda assim, diante de casos em que a realidade demonstra complexidades imprevisíveis ao próprio legislador, sendo impossível extrair da vontade real a solução para um determinado caso, a Escola da Exegese, objetivando sempre revelar o espírito da lei, passa a desenvolver o conceito de intenção suposta ou presumida.

Metodologicamente, para a busca da intenção presumida do legislador, são propostas algumas soluções que indiquem referências para sua descoberta, como a vinculação à jurisprudência ou o recurso à legislação pretérita. De toda sorte, como nenhuma das soluções era plena, a Escola da Exegese sucumbiu, mesmo que inconscientemente, ao desenvolvimento da interpretação científica moderna. (BONNECASE, pp. 143 a 157).

Importante observar que, para os fins deste trabalho, a lógica da codificação direcionou os juristas para o aprimoramento da utilização da lei como meio de expressão do direito materialmente preconcebido. Ou seja, os métodos desenvolvidos diante das limitações da lei não problematizam a função da lei como realização da segurança jurídica, através da possibilidade de garantia da previsibilidade decisória, mas sim as formas de aplicação e



interpretação, nos limites das funções dos juristas. A presunção da atividade legislativa como fonte primária de criação do direito permanece dogmatizada pela cisão entre a atividade legislativa de criação material e atividade jurisdicional de aplicação neutra.

Em suma, mesmo diante do inevitável desenvolvimento de técnicas jurídicas pautadas na lógica, não se fomentou a problematização da dinâmica do Estado Moderno e, tampouco, das limitações da lei na expressão da linguagem normativa. Isso leva a compreender que até este momento algumas premissas permanecem dogmatizadas, direcionando o desenvolvimento da interpretação jurídica: 1) A criação material do direito é função exclusiva do legislador; 2) O conteúdo da lei escrita tem precedência como objeto de expressão do direito; 3) A lei tem a dupla função de controle da atuação estatal e predeterminação da conduta dos jurisdicionados; 4) A dupla função da lei visa garantir a segurança jurídica, que passa a ser dependente da instrumentalidade do texto legal.

A primeira premissa mostra que a atividade interpretativa, até então, não pressupõe a criação material do direito, pelo menos em um primeiro momento. Se a direção do direito tem por ponto de partida a lei, qualquer problema de incompatibilidade se dá em razão da contingência da realidade fática, que deve ser corrigida pelo aplicador.

A segunda premissa revela-se no fato de que a lei é considerada, a partir da codificação, fonte primária do direito. Qualquer desenvolvimento da atividade de aplicação se desdobra das necessidades de adequação entre texto legal às necessidades contingentes. Não há uma problematização da lei como fonte de conteúdo, mas apenas uma problematização das situações em que a lei se mostra insuficiente. Quando há consenso sobre o conteúdo do texto legal no ato da aplicação, a premissa permanece inquestionada.

As terceiras e quartas premissas voltam-se para a natureza da segurança jurídica e a adoção da lei como instrumento da sua realização. Tanto no controle da atuação estatal quanto dos jurisdicionados, da lei se espera a predefinição de conteúdos. Ideia é que sem a predeterminação material a segurança jurídica fica comprometida diante da realidade contingente. Quanto maior a determinação material do direito no texto, maior a previsibilidade decisória e, por conseguinte, maior a segurança jurídica.

Considerando estes dogmas sobreviventes e os problemas da insuficiência da lei como meio de solução de conflitos na realidade contingente, principalmente no que toca à segurança jurídica como possibilidade de previsão de resultados decisórios, surge o positivismo jurídico. Cumpre verificar em que medida e de que forma estes pressupostos da codificação estão presentes na doutrina positivista do século XX para, então, compreender se a lei pode ser tratada

como fonte de predeterminação material na realização do direito e controle do exercício da autoridade pelo Estado.

4 A LEI, SEGURANÇA JURÍDICA E POSITIVISMO JURÍDICO

Alguns traços do positivismo jurídico defendidos pela doutrina têm, para este trabalho, especial relevância. O positivismo jurídico será visto de acordo com o recorte proposto na busca pelo papel da lei escrita na concretização do direito, visando verificar de quais delas podem informar um avanço sobre os dogmas da formação dos Estados Modernos.

Assim, a relação entre lei escrita e segurança jurídica necessariamente deve dialogar com as ideias de previsibilidade decisória e controle do exercício do poder de coerção pelo Estado. Por isso serão tratadas apenas as características que realmente podem contribuir para o tema.

Nesse sentido, Bobbio afirma que o positivismo considera a lei como única fonte de qualificação do direito. Em termos de conteúdo, são as leis que regulam tanto o comportamento dos membros da sociedade quanto as regras de produção jurídica. (BOBBIO, 1995, pp. 161 e ss.). Por isso aponta a existência de posições positivistas que pregam a *teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal*. (BOBBIO, 1995, p.133). A postura positivista de obediência à lei, para o autor, é uma questão ideológica derivada da formação dos Estados Modernos e se relaciona diretamente com a abordagem neutra utilizada pelo juspositivismo. (BOBBIO, 1995, pp. 223 e ss.).

Outra característica apontada por Bobbio, denominada de *método de interpretação mecanicista*, diz respeito à neutralidade do aplicador, que estaria voltado à descoberta do direito preexistente e não à sua criação. Afirma que “o positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para *produzir*, mas para *reproduzir* o direito, isto é, para explicitar com meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas.” (BOBBIO, 1995, p. 212).

As características apontadas pelo autor em primeiro momento demonstram confusão entre a Escola da Exegese e o positivismo jurídico do século XX. A predominância da lei como fonte e sua consequente obediência absoluta podem ser atribuídos aos dois momentos científicos mencionados. Porém, o método mecanicista não é absoluto no positivismo do século XX. Ao contrário, como será abordado na apresentação do pensamento de Hans Kelsen, este não acreditava na existência de métodos lógicos capazes de fornecer uma resposta interpretativa única.



Por outro lado, problematizando as características apontadas por Norberto Bobbio é possível detectar no positivismo jurídico pontos convergentes com a postura que a Escola da Exegese tinha diante da lei. Para o positivismo o conteúdo legal determinante do direito refere-se à atribuição de competência e não ao direito material. Em outros termos, em última instância, o que importa é a quem a lei atribui o poder de decidir e não *o que* deve ser decidido. O positivismo considera a existência de previsibilidade material no texto legal, variável em graus de generalidade, não sendo a materialidade do direito predeterminado o critério determinante da segurança jurídica, por ser impossível sua presunção absoluta.

A previsibilidade que fornece a segurança jurídica para o positivismo do século XX é, então, estrutural e não material-decisória, como pregavam os juristas da codificação. Se for possível adjetivar o positivismo de legalista, não poderá ser utilizando o mesmo legalismo atribuído à Escola da Exegese. Assim, o mecanicismo interpretativo poderá ser atribuído ao positivismo jurídico somente no que tange às regras de produção do direito, ou seja, no conteúdo formal das leis.

Para melhor compreensão da abordagem positivista é necessário o entendimento da sua metodologia como forma de conhecimento do direito. O respeito à lei pregado pelo positivismo decorre da sua abordagem científica sobre os cânones da codificação. A neutralidade epistemológica do positivismo jurídico é esclarecida por Galuppo ao indicar suas características.

Em primeiro lugar, a ficção, pelo menos no ato de conhecimento, de que o objeto do conhecimento jurídico, a saber, a lei, é um objeto auto-existente, não criado pelo homem, que por isto mesmo pode ser conhecido, controlado e dominado pelo *cientista*, da mesma forma que o faz o físico ou o biólogo em relação à natureza. (GALUPPO, 2000, p. 198).

Da postura analítica do objeto, segundo o autor, decorre a neutralidade do positivismo jurídico sobre o conteúdo do direito. Por conseguinte, acentuando através da neutralidade a cisão entre moral e direito, o positivismo adota um modelo metodológico inspirado nas ciências naturais, comprometido com a objetividade do conhecimento produzido (GALUPPO, 2000, p. 199).

Pois em razão da postura analítica sobre seu objeto, o fenômeno jurídico, o positivismo expõe a insuficiência da lei como instrumento de previsibilidade decisória material. Como verifica Gomes, “os positivistas entendiam que as normas gerais aplicadas a casos concretos podem gerar soluções diferentes, justamente porque, sendo gerais, são indeterminadas.”



(GOMES, 2004, p.171). Para os positivistas a questão da adequação do direito à realidade contingente é uma questão de grau de generalidade dos enunciados legais.

Até aqui se extrai que o direito é um conhecimento posto e o positivismo se volta para o seu desvelamento possível. Diante do fato de que a lei não garante plena previsibilidade material de concretização de conteúdos, a postura positivista busca elucidar a leitura da lei como parte essencial do fenômeno jurídico. O objeto do direito para o positivismo já não é o conteúdo da lei, mas sim o fenômeno jurídico em sua totalidade.

Isso não quer dizer que o positivismo abandonou totalmente a ideia de que a lei tem por função a predeterminação de conteúdos decisórios, que continua pressuposta. Na verdade, o positivismo descreve os limites desta atribuição, destacando a instrumentalidade da lei como objeto do direito e não como o direito em sua totalidade.

Hart aponta com clareza que todas as normas carregam um grau, elevado ou não, de abstração, deixando margem contingente para a aplicação diante da realidade fática.

Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que actuam sobre a grande massa de casos correntes revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*. (HART, 2001, pp. 140 e 141).

O autor atribui o caráter aberto dos textos normativos à própria na natureza humana, marcada pela incapacidade de apreender por meio da linguagem a complexidade das relações futuras. Nisso critica a crença da completude material absoluta da lei por insistir na tentativa de exatidão de cobertura das possibilidades a partir do texto, negligenciando a incapacidade humana de previsão do futuro.

De facto, todos os sistemas, de formas diferentes, chegam a um compromisso entre duas necessidades sociais: a necessidade de certas regras que podem, sobre grandes zonas de conduta, ser aplicadas com segurança por indivíduos privados a eles próprios, sem uma orientação oficial nova ou sem ponderar as questões sociais, e a necessidade de deixar em aberto, para a resolução ulterior através de uma escolha oficial e informada, questões que só podem ser adequadamente apreciadas e resolvidas quando surgem num caso concreto. (HART, 2001, p. 143).

Disso decorre a necessidade da gradativa especificidade entre as inúmeras normas de um sistema, sendo algumas de interpretação mais definida contextualmente enquanto outras exigem um trabalho mais intenso da autoridade aplicadora, diante das circunstâncias fáticas. Há em Hart a pressuposição de que existem regras de conteúdo legal mais exato, cujo texto se adequa com precisão à realidade sem a intervenção necessária da autoridade. O cânone da



previsibilidade material da lei é herdado parcialmente da codificação como a tentativa de atendimento de uma necessidade social e deixa de ser um dogma não problematizado.

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. (HART, 2001, p. 148).

A indeterminação material da lei é objeto da teoria da moldura de Hans Kelsen. Segundo o autor, na obra *Teoria Pura do Direito*,

A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica (...) é uma relação de determinação ou vinculação. (...) Esta determinação nunca é, porém, completa. (...) Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. (KELSEN, 2009, p. 388).

Na obra posterior intitulada *Teoria Geral das Normas*, o autor desenvolve digressões sobre a insuficiência da lógica formal no tratamento dos enunciados textuais, em razão do texto normativo não ter natureza apofântica, acabando por constatar a obrigatoriedade direta somente na norma individual formulada diante do caso concreto:

Que uma norma 'vale' significa então que ela *deve* ser cumprida e aplicada, e apenas pode ser imediatamente cumprida e aplicada a uma norma individual categórica, mas só mediatamente uma norma geral hipotética, então uma norma geral hipotética só pode valer mediatamente: *intervém* mediante a validade da norma individual categórica que lhe corresponde, na qual é posta como devida *in concreto* a conduta fixada *in abstracto* na norma geral hipotética. (KELSEN, 1986, p. 62).

Apesar de Hans Kelsen não considerar diretamente como um dos elementos da norma o âmbito fático de aplicação, deixando margem para o arbítrio do julgador, seu pensamento já indica a diferença entre norma e enunciado normativo, expondo que a incompletude diante da realidade é uma questão inerente ao direito, inatingível pela lógica formal (MULLER, pp. 25, 26 e 193). Isso corrobora com a ideia de que todo texto normativo sempre possui carga de generalidade, variável gradativamente.

Com a indeterminação pela generalidade, a criação do direito no momento da aplicação é inevitável. Sobre a criação judicial, John Austin, positivista do *common law*, defende que a adequação é melhor realizada pela atividade criativa do aplicador do que pela abstração



legislativa. Segundo o autor, “la parte del derecho de cada país que ha sido creada por los jueces ha sido mucho mejor hecha que la parte consistente em disposiciones emitidas por el legislativo.” (AUSTIN, 2002, p. 195).

Os positivistas mencionados deixam claro que a lei não permite a plena previsibilidade material, seja pela literalidade ou pela lógica formal. A partir da observação neutra do fenômeno jurídico, de abordagem analítica, expõem os limites da lei e as contradições de algumas premissas da codificação. A lei escrita continua possuindo a função de precedência na determinação do conteúdo material decisório. Porém, a existência do conteúdo é problematizada, pois há casos em que o texto não fornece tais informações aos aplicadores.

Mantendo a ideia de que a lei é a fonte de previsibilidade material e constatando sua insuficiência prática a tanto, o positivismo desemboca na constatação da inevitável discricionariedade das autoridades aplicadoras para a adequação da lei à realidade. Os conteúdos nem sempre são expressos, por uma questão de generalidade linguística, e não são clarificados por meio da lógica formal. Sendo inatingíveis metodologicamente, resta a constatação da discricionariedade.

A discricionariedade inevitável confirma que o positivismo entende a lei como fonte primária do direito, pois, em sua insuficiência, não reivindica fontes externas, recorrendo apenas à atribuição de competência decisória prescrita legalmente. Também confirma que a segurança jurídica está na capacidade de previsibilidade fornecida pela lei, seja inicialmente na predeterminação de conteúdos materiais, seja na predeterminação estrutural-formal de competências.

A exatidão da lei face à realidade depende do seu conteúdo e da forma linguística em que é expresso. Como o conteúdo não é objeto da ciência jurídica positivista, por ser variável nos ordenamentos de cada Estado, a previsibilidade material deixa de ser o aspecto mais importante da segurança jurídica. O legalismo positivista, portanto, não é puramente material, mas também formal, no sentido de que prevalecerá a organização de poderes e atribuições de competência quando a materialidade da linguagem legislativa for geral demais.

Importante mencionar que o legalismo formal positivista aqui tratado não se refere ao método interpretativo. Como visto em Kelsen, o positivismo prega pela inexistência de métodos lógicos universais para a implementação de conteúdos do direito material prescrito. A expressão *formal* aqui se refere ao conteúdo legal que trata das *formas* de exercício do poder pelo Estado, incluindo divisão de funções e competências, e não aos métodos interpretativos vinculados à lógica formal.



Mas o positivismo constata que o direito busca a predeterminação de conteúdos e não nega este objetivo, acentuando o paradoxo. Também não nega a existência do direito material previamente posto, mas expõe a impossibilidade metodológica do seu desvelamento. Então, qual seria o aspecto essencial da segurança jurídica para os positivistas?

Hans Kelsen, em 1934, já acusava a impossibilidade de uma segurança jurídica fundamentada na previsibilidade material da lei. Ao discorrer sobre a “ilusão da segurança jurídica”, o autor ensina:

O ponto de vista segundo o qual a interpretação seria o conhecimento do direito positivo e, como tal, um processo para extrair novas normas das já vigentes é o fundamento da denominada jurisprudência conceitual, também descartada pela Teoria Pura do Direito. Esta destrói a opinião de que se possam criar novas normas por via do conhecimento, opinião essa que, em última análise, surge da necessidade de representar o direito como um ordenamento forte, que determina a conduta humana e, em particular, a atividade dos órgãos aplicadores do direito, principalmente, dos tribunais; de modo que a função destes, assim como a interpretação, deve ser assim encarada como um processo especial de normas já existentes, que deverão ser descobertas por um determinado procedimento. É a ilusão da segurança jurídica que a teoria tradicional do direito – consciente ou inconscientemente – se esforça para manter. (KELSEN, 2007, p. 120).

A partir do pensamento dos positivistas, com ênfase em Kelsen, a função da lei como instrumento de previsibilidade material e controle do exercício do poder tomam outros matizes. Se na codificação existia uma expectativa de controle da atividade jurisdicional através da prescrição material do direito em enunciados textuais, para o positivismo a segurança está na hierarquização da competência decisória predeterminada legalmente.

Os conteúdos decisórios impõem parâmetros de criação judicial, mais ou menos amplos. Nisso o positivismo pressupõe um grau de previsibilidade material, variável e nunca pleno. Porém, a segurança jurídica não se limita a este critério. Sua garantia se volta, então, para a determinação legal de *quem* decide e não somente *do que* se decide.

A partir da leitura dos autores positivistas, as mudanças de definição do papel da lei ficam claras. A premissa de que a razão da lei está na sua função de instrumento de previsibilidade material e controle da atividade jurisdicional ainda permanece. Ou seja, a lei serve para predeterminar direitos materiais e controlar o exercício do poder estatal.

Para os positivistas, entretanto, o fundamento de legitimidade das decisões não está na reprodução e descoberta do conteúdo material predeterminado pela lei, por ser algo impossível em muitos casos. O conteúdo da lei ditará os limites de atuação do aplicador, tornando-os maiores ou menores, mas nunca exatos. Então, para os positivistas, o conteúdo



material da lei é o primeiro parâmetro, mas não o único e último, como queria a Escola da Exegese.

5 CONCLUSÃO

Como visto, o pensamento positivista difere-se substancialmente do legalismo proposto no início da codificação. Primeiramente devem ser delimitados os pontos comuns: 1) A função da lei continua sendo a predeterminação do direito, seja material, estrutural ou procedimental; 2) O grau de previsibilidade material é o primeiro critério de interpretação das leis; 3) O conteúdo da lei tem precedência sobre a atividade judicial.

O ponto divergente está no abandono da crença de que é possível extrair da lei todo o conteúdo material decisório e que a segurança jurídica depende desse conteúdo predeterminado.

Se a lei não prevê todas as hipóteses de realização concreta do direito material, mas sua existência tem fundamento na predeterminação de parâmetros jurídicos, como ela poderia auxiliar na realização da segurança jurídica? A resposta dos positivistas está na estruturação do Estado através da lei. Ora, para os autores iluministas, a exemplo de Montesquieu, a lei deveria controlar o exercício da coerção pelo Estado, fornecendo padrões materiais de decisão. Como os positivistas se depararam a imprecisão linguística de tais padrões, admitindo essa limitação prática, restou à lei a função de controle da atividade de aplicação pelos conteúdos formais de estruturação do Estado.

Retomando as ideias de Bobbio, segundo as quais, para o positivismo, são as leis que regulam tanto o comportamento dos membros da sociedade quanto as regras de produção jurídica; e que a lei é a única fonte de qualificação do direito (BOBBIO, 1995, pp. 161 e ss.), é possível entender a saída positivista. Se a função de regular o comportamento e os direitos materiais dos membros da sociedade não é plena e não fornece precisão, resta verificar a eficiência prescritiva da outra função: a de predeterminar as regras de produção jurídica.

A estrutura funcional do Estado para a produção do direito, diferentemente dos conteúdos materiais, é característica presente em todos os sistemas jurídicos.³ Por isso o liame



entre lei e autoridade é objeto seguro da ciência jurídica e a previsibilidade fornecida pela lei encontra-se na medida em que predetermina as regras de atuação estatal no exercício da coerção.

Logo, para o positivismo, a segurança jurídica possível está na capacidade da lei em predeterminar o uso da força pelo Estado, através da combinação de conteúdos materiais e estipulação de competências. E, em última instância, sendo extremamente ampla a margem de possibilidades materiais, a legitimidade se arrima unicamente na atribuição prévia de competência decisória prescrita em lei.

O legalismo positivista, então, está na necessidade de cumprimento da lei como expressão primeira do direito positivo. Porém, não é um cumprimento materialmente literal, por ser impossível. A exatidão dos preceitos legais está na combinação entre prescrições de direito material e de direito processual-estrutural. A segurança jurídica, por conseguinte, está na aferição de validade do direito pela possibilidade de previsão legal da dinâmica decisória estatal e não unicamente na possibilidade de predeterminação do direito material.

³ Corroborar com esta afirmação o Capítulo V da obra *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, intitulado *Dinâmica Jurídica*. (KELSEN, 2009, pp. 215 e ss.). Também, a ideia de *regra de reconhecimento e validade* em Hart. (HART, 2000, pp.111 e ss.).



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUSTIN, John. **El objeto de la jurisprudencia**. Trad. y estudio preliminar Juan Ramón de Páramo Argüelles. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Título original: The province of jurisprudence determined.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Nini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 1995.

BONNECASE, J. **La escuela de la exegesis en derecho civil**. Traducción de la segunda edición francesa por el Jose M. Cajica Jr.; prólogo del Nicolas Vazques. Puebla: Jose M. Cajiza Jr., 1944. 283p.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão – 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DUARTE, Hugo Garcez. **Pós-positivismo e argumentação jurídica**: reflexão à luz do conceito de direito. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v. 41-1: 73-86, 2013. pp. 73-86.

FORST, Rainer. **Contextos da Justiça**: filosofia para além do liberalismo e comunitarismo. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.

GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o Positivismo e o Pós-Positivismo. In: Comunicação apresentada na mesa redonda “Câmbio epistemológico e jurídico”, realizada no II Congresso Internacional de Ética e Cidadania, Curitiba, em outubro de 2000.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito**: Kant e Kelsen. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 303p.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.



_____. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito.**

Versão condensada pelo próprio autor. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. – 5ª ed. rev.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.