**O POSITIVISMO JURÍDICO FRENTE AO CONTEMPORÂNEO PLURALISMO CULTURAL. [[1]](#footnote-1)**

Lucas Ranieri Ferreira da Rocha[[2]](#footnote-2)

Carlos Anderson dos S. Ferreira[[3]](#footnote-3)

**SUMÁRIO: RESUMO; 1 INTRODUÇÃO; 2 CONTEXTO HISTÓRICO DAS TEORIAS DO DIREITO; 3 POSITIVISMO JURÍDICO FRENTE AO PLURALISMO CULTURAL; 4 O MÉTODO DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISOES JUDICIAIS; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

**RESUMO**

Ao longo do tempo, teorias são criadas na tentativa de definir o direito. Uma das mais famosas teorias é denominada Positivismo Jurídico. Essa corrente afirma que o direito não é pronto e acabado como anteriormente se defendia (Escola da Exegese), mas se trata de uma construção jurídica, na qual o juiz, ao analisar o caso concreto, aplica a lei, adaptando-a ao plano material. A problemática apontada pela corrente Pós-positivista é de que esta interpretação realizada pelo magistrado possa levar à arbitrariedade do mesmo, ao ponto de tornar-se verdadeiro legislador. Essa questão torna-se ainda mais evidente no contexto das sociedades contemporâneas, nas quais há um pluralismo cultural cada vez mais abrangente, fato que estaria afetando veementemente a segurança jurídica.

**Palavras – chave:** Positivismo Jurídico. Interpretação. Pluralismo cultural. Pós – Positivismo.

**1 INTRODUÇÃO**

No presente trabalho, primeiramente serão demonstradas algumas teorias adotadas no século passado, para que se observe como o direito era encarado antigamente e como evolui até chegar ao contexto do positivismo jurídico e para uma possível passagem para o pós-positivismo jurídico.

Ao se analisar o Positivismo Jurídico, este estará sendo posto no contexto do pluralismo cultural presente nas sociedades contemporâneas, para que dessa forma se torne mais evidente se esta teoria ainda deva ser utilizada, ou se observe que se trata de uma teoria ultrapassada e que tem falhas evidentes.

Após isso, será analisada a corrente Pós-positivista, mais especificamente o método de fundamentação das decisões judiciais, proposto para tentar solucionar o problema da discricionariedade das decisões do julgador. Será discutida a eficácia do referido método no objetivo de solucionar tal questão, sendo posto seus prós e contras.

Observa-se que a tentativa de superação do positivismo jurídico se da justamente nas falhas que o mesmo apresenta, tanto quanto à discricionariedade do julgador, quanto à validade do direito no plano concreto. O positivismo jurídico entra justamente na tentativa de superar tais falhas. (DUARTE, 20[?])

**2 CONTEXTO HISTÓRICO DAS TEORIAS DO DIREITO.**

 A primeira teoria a ser analisada será a defendida pela Escola da Exegese, que, segundo o autor Hugo Garcez Duarte, defendia que o texto normativo é obra perfeita e acabada, sendo o papel do juiz o de mero reprodutor da lei. Essa teoria é contemporânea ao Código Napoleônico de 1804.

A atividade meramente hermenêutica do julgador pode ser explicada pelo momento histórico da época. A classe burguesa, buscado se manter no poder, tinha interesse de que fosse aplicado ao caso concreto aquilo que estritamente estava previsto em lei, já que o Código Napoleônico os favorecia. Em troca, a referida classe financiava o exército de Napoleão. (RODRIGUES, 20[?])

Aplicando os ideias de igualdade e liberdade para se manter no poder, os burgueses foram os primeiros a perceber no direito uma maneira de manutenção do mesmo. Aplicando estes ideais, a referida classe pretendia, como foi dito, manter seu ´´status quo``, mas estes mesmos ideais também foram gozados pela maioria do povo. (RODRIGUES, 20[?])

Ainda segundo Duarte, o ordenamento jurídico era visto como um ´´catálogo``, onde todos os fatos da vida social estariam previstos, cabendo ao julgador apenas apontar qual lei se encaixava em determinado caso. Com o passar do tempo se observou que esta teoria tem falhas bastante relevantes, principalmente com relação ao caráter universal da lei.

Como bem afirma Rodrigues, na época em que dominava o entendimento da Escola da Exegese, ´´as questões valorativas deveriam ficar no campo da filosofia, da psicologia, antropologia, sociologia, já que não possuíam influência na aplicação do Direito Positivo´´. (RODRIGUES, 20[?])

A Escola Histórica foi a primeira a contestar a teoria da Escola da Exegese ao apontar para o aspecto mutável do direito, ou seja, o mesmo se caracteriza por se diferenciar segundo a cultura de determinados povos, assim como pela época da qual se fala. Diz-se que o direito é dotado de historicidade, é constituído de acordo com as crenças e valores dos povos aos quais será aplicado. Nesse contexto, o julgador não será apenas um reprodutor da lei, mas irá contextualizar a mesma ao caso concreto, exercendo também a função de esclarecimento quanto aos ditames legais. (DUARTE, 20[?])

No século XX surge o positivismo jurídico como uma corrente que também prega a atividade interpretativa do julgador, de modo contextualizar a lei no plano concreto. Esta teoria também prega a separação entre o direito e a moral, visto que seus principais autores, como Kelsen e Hart, admitem a discricionariedade do julgador.

O que se argumenta é que essa interpretação feita pelo juiz não seja imparcial, não leve à plena realização da justiça. Como é bem colocado no artigo de Vinicius Gonçalves Rodrigues, o direito pode ser utilizado em favor de uma classe dominante, em favor do opressor, para que este mantenha seu ´´status quo``, mas também pode ser utilizado como uma forma de emancipação do ser humano, tudo vai depender da interpretação que será feita da lei.

O fato acima citado pode ser visualizado com maior clareza no caso, aqui também já citado, do Código Napoleônico de 1804, utilizado estritamente em favor da classe dominante burguesa, dando justificativa, legalizando a manutenção daquela classe no poder. Neste caso, assim como em inúmeros outros na história, o direito foi utilizado em favor da classe dominante. Este é um dos pontos que o Pós-positivismo busca combater ao reaproximar o direito da moral e ao instituir o método de fundamentação das decisões judiciais.

Por se tratar de um sistema que está relacionado aos outros setores da sociedade, não sendo, portanto, autônomo, o direito sofre constante influência destes. Assim sendo, argumenta-se que o direito sempre serviu para justificar e legitimar a atuação de grupos poderosos da sociedade, se desviando do seu papel principal que seria o de promover a justiça. (RODRIGUES, 20[?])

Por conta dos fatores acima citados, o Pós-positivismo surge com propostas para tentar solucionar tais fatos. A principal delas, e que será mais a frente analisada, é o método de fundamentação das decisões judiciais, que tem justamente o objetivo de fazer com que o juiz coloque claramente os motivos que o levaram a tomar determinada decisão, para que dessa forma, caso seja necessário, as partes possam recorrer com mais propriedade.

No entendimento de Vinicius Gonçalves Rodrigues, deve-se buscar uma justiça que sirva também aos mais pobres, aos excluídos, aos ´´sem direito``. Busca-se a adoção de métodos para que o Direito deixe de servir como instrumento de legitimação das classes opressoras, das classes dominantes.

**3 POSITIVISMO JURÍDICO FRENTE AO PLURALISMO CULTURAL**

Segundo Plauto Faraco de Azevedo,

A ciência do Direito, que instrumentaliza a aplicação do direito, deve ter em conta, antes de tudo, que seu trabalho tem destinação social e se liga a determinado contexto histórico, cujos contornos fundamentais não lhe podem escapar. (AZEVEDO, 2000)

Observa-se, a partir da citação do autor, que a ideologia positivista não acompanhou o desenvolvimento da sociedade, já que se trata de uma corrente que, por primar pela legalidade estatal liberal, realiza os interesses de uma minoria. (AZEVEDO, 2000)

Ao deixar à discricionariedade do juiz o julgamento de determinado caso corre-se o risco de da perda da segurança jurídica, já que apesar de possuírem o objetivo comum de promover a aplicação da lei, cada julgador possui seu ponto de vista, cada um possui a sua ideologia. Por conta disso se afirma que apenas os interesses de uma minoria são realizados.

Por conta disso a corrente Pós-positivista tenta dar solução a este problema, mas não tirando o poder de interpretação no caso concreto das mãos dos juízes, já que esse método da maior efetividade ao texto normativo, mas sim inserindo o método de fundamentação das decisões judiciais.

Esse método possui o objetivo de demonstrar às partes envolvidas no processo, e ao público em geral, o motivo de o juiz ter proferido seu julgamento, promovendo com isso o princípio democrático, ou seja, promovendo uma maior participação das partes no processo, pois ao observarem a fundamentação estes podem recorrer da mesma, caso percebam alguma irregularidade ou algo que não concordem.

**4 O MÉTODO DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISOES JUDICIAIS**

As sociedades contemporâneas são marcadas por um pluralismo cultural cada vez mais abrangente. Através dessa afirmação, percebe-se que um modelo no qual a decisão acerca de um julgamento dependa da discricionariedade do juiz põe em risco os direitos daqueles que buscam sua tutela por meio do judiciário. (HABERMAS, 2007)

Ademais, falamos sobre o Pós-positivismo Jurídico, procurando demonstrar que a pretensão de superação do Positivismo Jurídico, dominante no século XX, concentra-se na resolução do problema que envolve o poder discricionário do julgador bem como o da determinação do Direito no caso concreto, de modo a alcançar a conciliação entre validade formal e validade material (legitimidade). (DUARTE, 20[?])

Dito isso, observa-se que a corrente pós-positivista tenta corrigir alguns ´´erros`` advindos da teoria positivista, principalmente no que diz respeito à determinação do direito e a discricionariedade do julgador. No primeiro caso, os pós-positivistas apontam para uma normatividade dos princípios, que passariam a exercer o papel de elo entre o plano formal e o plano material, diferentemente do que ocorre para o positivismo, no qual os princípios são utilizados para dar validade ao poder discricionário do julgador. (DUARTE, 20[?])

Através dessa utilização dos princípios como um elo entre o plano formal e o plano material busca-se uma maior efetividade do direito no plano concreto. Da mesma forma, o método de fundamentação das decisões judiciais além de promover a superação da discricionariedade do julgador, também coloca em foco o princípio democrático, uma vez que /a partir dessa fundamentação as partes passarão a entender melhor aquilo que acontece no processo, e, consequentemente, irão participar do mesmo de forma mais ativa e esclarecida. (NOVELINO, 2010)

Almeja-se, neste contexto, a reaproximação entre o direito e a ética, o direito e a moral, o direito e a justiça, “de modo a revelar a importância do homem e a sua ascendência a filtro axiológico de todo sistema jurídico político, com a consequente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana” (LENZA, 2009,).

Esta corrente pós-positivista também defende uma reaproximação entre o direito e a moral, institutos que são separados pela corrente positivista. Através dessa reaproximação almeja-se uma maior efetividade do direito no plano concreto, e uma consequente promoção da justiça. (LENZA, 2009)

O autor Hugo Garcez Duarte aponta para um ponto em comum entre as teorias pós-positivista e positivista jurídica, que é o do papel construtivo que possui o julgador, não sendo um mero reprodutor do texto legislativo como defendido pela Escola da Exegese. O que busca a teoria pós-positivista, entretanto, é uma aproximação entre o direito e a ética, separados pelo positivismo jurídico, busca uma maior validade do direito não só no plano formal, mas também no plano material, como uma forma de garantir os Direitos Fundamentais e promover a dignidade da pessoa humana. (DUARTE, 20[?])

Após serem colocadas as melhorias que este método trará, cabe ressaltar aqui também os argumentos daqueles que não concordam com a adoção do mesmo, que acham que este irá apenas congestionar ainda mais as vias judiciais.

Antes de ser adotado no Novo Código Processual Civil, o método de fundamentação das decisões judiciais já estava previsto na Constituição da República de 1988. A partir dessa afirmação, percebe-se que mesmo já estando previsto que as decisões deveriam ser fundamentadas sob pena de nulidade, o que se observa no plano concreto é uma realidade na qual os julgadores decidem sobre certa causa muitas vezes apenas com o termo ´´defiro``, ou outras expressões igualmente infundamentadas.

Muitos acreditam que a previsão deste método, agora também no CPC, sirva realmente para o por em prática. Já outros são mais pessimistas ao afirmar que será dado um jeito para que esta previsão seja derrubada ou pelo menos burlada. O STJ já deu uma decisão acerca do assunto, afirmando que os juízes não estão obrigados a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. Os juízes só são obrigados a analisar questões capazes de anular decisão proferida anteriormente. Cabe ressaltar que esta decisão do STJ não vai de encontro ao que está previsto no artigo 489 do CPC/15, tendo sido o fato ressaltado apenas a título de esclarecimento. (ORTEGA, 2016)

...para espanto, a Associação dos Juízes Federais do Brasil - Ajufe, a Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - Anamatra enviaram em conjunto, ofícios à Presidente da República solicitando a aplicação de vetos em tais dispositivos, sob a justificativa de que estes, se mantidos, trariam impactos severos e negativos na gestão do acervo de processos e na própria produção de decisões judiciais, com repercussão na duração do curso dos processos. (KORENBLUM, 2015)

Outro fato que causou espanto em muitos, foram os ofícios enviados, em conjunto, à Presidente da República, pela Associação dos Juízes Federais do Brasil, a Associação dos Magistrados Brasileiros e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, pedindo que tais dispositivos fossem vetados, pois trariam impactos negativos na gestão do acervo de processos e na produção de decisões judiciais, influenciando na duração do curso dos processos. (KORENBLUM, 2015)

Insurgências de todo jaez pulularam: estar-se-ia a burocratizar a Justiça, impondo-se aos magistrados o enfrentamento de todo e qualquer argumento, ainda que infundado e de má-fé, em detrimento da celeridade; haveria vilipêndio à separação de poderes, invadindo o Legislativo, seara reservada à atuação judicial, com a morte da máxima iura novit curia. (NUNES; NÓBREGA, 2015)

Alguns chegam a firmar que está acontecendo uma burocratização da justiça, fato que influenciaria negativamente na celeridade dos processos, que já é bastante precário no judiciário brasileiro. Portanto, com estes novos dispositivos busca-se uma maior qualidade das decisões proferidas, o grande problema é que há uma tendência de congestionar ainda mais o já desestruturado sistema judiciário. (NUNES; NÓBREGA, 2015)

**6 CONCLUSÃO**

Diante dos fatos apresentados percebe-se que o positivismo jurídico não é mais a teoria mais adequada aos tempos atuais, visto que nas sociedades contemporâneas há um pluralismo cultural abrangente, fato que interfere na segurança jurídica das decisões proferidas pelos julgadores. Por isso, torna-se cabível o método de fundamentação das decisões judiciais, que veio previsto no Novo Código Processual Civil, visto que a partir desta fundamentação as partes interessadas poderão perceber se a sentença foi realmente justa, se o juiz levou em consideração todos os fatos apresentados.

Portanto, diante de um modelo no qual o direito é utilizado para justificar o domínio das classes opressoras, não há um entendimento de que se deve retornar ao modelos antigamente propostos, nos quais o julgador não tinha poder de interpretação, pelo contrário, este poder de interpretar o caso concreto, com suas especificidades, é primordial para que o direito tenha validade não apenas formal, mas também material.

Não se propõe uma retomada do zero. A interpretação por parte do julgador deve continuar existindo. O Pós-positivismo jurídico chega para propor alguns ´´reparos``, para melhorar o desempenho das práticas processuais, para que a justiça seja levada ao ponto central dos objetivos do direito, e não, como aqui já foi tratado, da legitimação de classes dominantes.

Para a uma justiça cada vez mais presente, a corrente Pós-positivista também aponta para uma reaproximação do direito e da moral, institutos que haviam sido separados pelo Positivismo jurídico justamente na tentativa de evitar a discricionariedade do julgador. Como pode ser observado ao longo deste trabalho, esta tentativa não foi bem sucedida. A reaproximação destes institutos, na tentativa de promover maior justiça na apreciação dos casos, objetiva também uma afirmação do direito no caso concreto.

Cabe apontar ainda a questão dos princípios, os quais, na corrente positivista, tinham papel de legitimar a discricionariedade do julgador. Posteriormente, estes mesmos princípios foram ponto crucial na passagem do Positivismo jurídico para o Pós-positivismo, visto que, como bem afirma Duarte, para que seja consolidado, o Pós-positivismo deve impor uma ´´determinação legítima para o direito no caso concreto``, e não apenas no plano formal como fez o Positivismo jurídico. O referido autor ainda aponta que esta determinação no caso concreto não pode confundir-se com preceitos jusnaturalistas.

O assunto aqui tratado teve relevância no contexto do Novo Código Processual civil, que trouxe em seu texto normativo características e métodos Pós-positivistas. Diante disso, coube análise para verificar o objetivo do legislador, e também as consequências que virão a partir disso.

**REFERÊNCIAS**

AZEVEDO, Plauto Faraco de**. Direito, justiça social e neoliberalismo.** 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DUARTE, Hugo Garcez. **Pós-positivismo jurídico: o que pretende afinal?** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=10050 >. Acesso em: 20 de agosto de 2016.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOVELINO, Marcelo**. Direito constitucional**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: 2010.

HABERMAS, Jünger. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade.** Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ORTEGA, Flavia T. **STJ decide: No NCPC, o juiz não está obrigado a responder todas as questões suscitadas pelas partes.** Disponível em: < http://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/ >. Acesso em: 20 de agosto de 2016.

KORENBLUM, Fabio. **A polêmica acerca da efetiva motivação das decisões judiciais sob a perspectiva no novo Código de Processo Civil.** Disponível em: < http://www.migalhas.com.br >. Acesso em: 20 de agosto de 2016.

RODRIGUES, Vinicius Gonçalves. **A crise do positivismo jurídico e a necessidade de mudança de paradigma.** Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=1496 >. Acesso em: 10 de out de 2016.

1. Paper apresentado à disciplina PCO II, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB [↑](#footnote-ref-1)
2. Alunos do 4º período do curso de Direito da UNDB. [↑](#footnote-ref-2)
3. Professor, orientador. [↑](#footnote-ref-3)