

O Paradoxo do Positivismo

Alexandre Araújo Costa

Mestre em Direito e Professor do IESB

À primeira vista, é paradoxal que o positivismo continue a ser a teoria jurídica dominante. Por um lado, não há mais quem defenda os pressupostos filosóficos do positivismo de Comte, sendo que mesmo os conceitos positivistas sobre ciência (um dos pontos mais influentes dessa teoria) já apresentam interesse meramente histórico. Também o neopositivismo lógico, e seu projeto de construir uma linguagem perfeita para as ciências, é uma perspectiva praticamente abandonada, especialmente no campo das ciências humanas.

Ambas essas teorias tiveram, a seu tempo, grande importância e geraram resultados que até hoje são relevantes para o direito. O positivismo comteano ajudou a sepultar as tendências metafísicas do direito e o neopositivismo lógico ofereceu contribuições ímpares no desenvolvimento da lógica deontica e na rigorização dos conceitos jurídicos. Todavia, desde meados do século, não parecem mais plausíveis à maioria dos juristas, as idéias de que o direito é um simples conjunto de normas positivas e de que o raciocínio jurídico pode ser reduzido à lógica deontica.

Ninguém mais parece disposto a identificar direito e lei, a sustentar que o direito é um sistema completo e coerente, a defender que o direito se aplica por silogismos, a negar a influência da subjetividade do intérprete na aplicação do direito... Não obstante, parece que a prática jurídica continua funcionando de acordo com os moldes estabelecidos pelo positivismo, ou seja, com base nos pressupostos que agora negamos. Por que isso?

A única resposta que parece plausível é que, apesar da decadência dos ideais filosóficos que inspiraram o positivismo, a dogmática jurídica desenvolvida pelos positivistas continua sendo o melhor instrumento à disposição dos juristas para orientar a aplicação de regras a fatos concretos. Identificamos, assim, um imenso descompasso entre a teoria e a prática jurídicas, o que é perpetuado pela manutenção de uma dogmática jurídica obsoleta.

A dogmática está para as ciências jurídicas assim como a engenharia está para as ciências físicas. Se cabe ao físico discutir a natureza da matéria ou as formas de propagação da energia, cabe ao engenheiro construir instrumentos que possibilitem traduzir essas teorias em resultados práticos. Similarmente, se cabe ao filósofo ou ao sociólogo criticar os conhecimentos jurídicos atuais, cabe ao jurista dogmático o desenvolvimento de conceitos que permitam dar aplicação prática às novas idéias.

O trabalho de crítica ao positivismo (especialmente o realizado por filósofos como Perelman, Dworkin e Reale e por sociólogos como Boaventura de Sousa Santos e também por historiadores como Antônio Hespanha) foi longo, profundo e alcançou resultados teóricos magníficos. Todavia, se essas reflexões não foram traduzidas em mudanças relevantes na prática jurídica, isso não aconteceu por culpa dos filósofos e sociólogos, os quais cumpriram o seu papel — o problema foi a falta de engajamento dos juristas dogmáticos.

Vivemos, assim, um momento paradoxal e tenso no campo jurídico. A teoria positivista foi superada, assim como foi superada a física newtoniana. Temos novas teorias jurídicas, comparáveis à física relativística ou à

mecânica quântica, mas os engenheiros jurídicos continuam trabalhando apenas com as leis de Newton. E, embora seja óbvio que o positivismo não pode ser simplesmente abandonado (como não foi abandonada a física newtoniana), os limites do positivismo são por demais conhecidos para que seja razoável a nossa insistência em utilizar a dogmática positivista como único instrumento de trabalho.

Com Newton, podemos fazer que aviões decolem, mas não podemos mandar o homem à Lua. Com o positivismo, podemos enfrentar os problemas da vigência, mas não os de legitimidade; podemos resolver a antinomia entre uma lei e a Constituição, mas não uma colisão de princípios. Vivemos, então, o dilema de buscar fazer justiça utilizando instrumentos que, para várias das questões jurídicas atuais, são completamente ultrapassados. Essa contradição vem sendo perpetuada, pois os filósofos e sociólogos não souberam (por vezes, nem tentaram) seduzir os engenheiros jurídicos para que criassem instrumentos capazes de enfrentar os problemas contemporâneos do direito. Ou talvez o apego dos engenheiros à teoria newtoniana seja tamanho que eles não se interessariam em arriscar-se no terreno inóspito (como todo espaço não desbravado) das novas concepções jurídicas.

Por tudo isso, é urgente que os juristas dogmáticos e os juristas teóricos engajem-se no esforço de minimizar o imenso abismo que separa a teoria da prática jurídica. Isso, ou mantemos a situação esquizofrênica de querer chegar à Lua usando balões de gás, quando o sabemos impossível — e, ao invés de usar canhões para matar pardais, utilizamos espingardas de pressão para abater elefantes.

De toda forma, os primeiros esforços estão sendo feitos, ainda que nem sempre de forma consciente. O princípio da razoabilidade, por exemplo, é uma tecnologia jurídica que rompe completamente os moldes positivistas — e muitos dos que tentam usá-lo não se dão conta disso. Assim, as tentativas de aplicar esse princípio com base na lógica positivista tradicional terminam por gerar uma série de posicionamentos equivocados ou confusos. Todavia, o erro e a indefinição são típicos de toda época de mudança, o que provavelmente significa que já estão sendo dados os primeiros passos importantes para a construção de uma dogmática não-positivista, que seja capaz de oferecer respostas adequadas aos desafios da contemporaneidade.