

PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS TEORIAS POSITIVISTAS

*Silvia Helena de Almeida Stefano*¹

RESUMO

A presente pesquisa científica se pauta sob as perspectivas do Constitucionalismo como base de sustentabilidade e segurança jurídica ante as novas atribuições em que o Estado se encontra, levando-se em consideração as relações humanas globalizadas, não somente em seu sentido econômico, mas de intercâmbios culturais, tecnológicos, que passaram a ser motivo de discussões e preocupações mundiais, haja vista que as garantias constitucionais, os direitos fundamentais individuais, passaram a estarem positivados na Constituição Brasileira de 1988. Assim, realizando uma breve análise sobre a possibilidade de ser mantido o Positivismo Jurídico como corrente majoritária para a aplicabilidade do Direito, sem abalar a Democracia mantendo o sistema jurídico, porém embasando na axiologia, ante os motivos narrados.

PALAVRAS-CHAVE

Direito, Democrático, Teorias Positivistas, Princípios

¹ Silvia Helena de Almeida Stefano é advogada, aluna no Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”.

Introdução

O contexto cultural de onde emergiu o positivismo jurídico se relaciona com aquele de uma 'atitude de modernidade'². O desenvolvimento argumentativo desta hipótese indica que a estrutura de pensamento caracterizada pelo discurso do positivismo jurídico, antes de ser taxada de um saber-poder formalista, fetichista, estatizante, deve ser considerada como uma estrutura comprometida com a efetivação do Estado de Direito moderno. (ARCELO, 2008)

Neste sentido as estruturas fundantes do pensar cientificamente o Direito por meio do discurso do positivismo jurídico refletem, antes do formalismo e do legalismo, os princípios da legalidade e da certeza do Direito.

Na obra *Teoria Pura do Direito*, Kelsen (1987), defende, expressamente, a inexistência de uma ordem moral absoluta, mas várias ordens morais, ou seja, o austríaco sustenta a ideia do pluralismo moral de que diferentes culturas sustentam diferentes ordens morais que muitas vezes são incompatíveis entre elas.

A moral não pode ser um critério a identificar o direito e com base nisto, Kelsen (1987) sustenta que o direito é uma ordem normativa e coativa. A primeira, para o jurista, significa que o fenômeno jurídico é uma multiplicidade de normas que se organizam em diferentes escalões normativos, no qual uma norma inferior retira sua validade de uma norma situada num escalão superior. Assim, sucessivamente, até se chegar num ato normativo fundamental.

A norma fundamental, nesta perspectiva, é, portanto, uma norma pressuposta no pensamento. Para Kelsen (1987), "a norma é um ato de vontade humano". Assim, a Constituição é uma norma posta, como norma superior, e a sua validade é assegurada por uma norma fundamental.

Quando se fala em pressuposta refere-se que um grupo que inseriu a Constituição demonstra que é capaz de garantir a eficácia global mínima da ordem jurídica, por ele estabelecida e que tem como ápice a Constituição Federal.

Para Kelsen (1987), então, o Direito é uma ordem normativa que se determina por ser constituído mediante um conjunto de normas jurídicas. Pode-se afirmar que, o ato normativo é inserido por meio da vontade humana, ou seja, permite-se que certos comportamentos sejam admitidos, proibidos e ordenados. O que diferencia o direito das outras ordens sociais é o seu caráter coativo. Desta forma, o Direito reage ao comportamento contrário ao mesmo de modo a impor, ainda que

² Foucault chama de atitude de modernidade aquela que exemplifica "uma via filosófica em que a crítica do que somos é simultaneamente a análise histórica dos limites que nos são colocados e prova de sua ultrapassagem possível".

contra a vontade do destinatário, um mal àquele que se comportou contrariamente ao prescrito (KELSEN, 1987, p.75).

Em outras palavras é definido como uma ordem normativa, um conjunto de ordens jurídicas, que são entendidas como mecanismo de interpretação a partir do qual é atribuído um significado jurídico ao comportamento humano, sendo que na hipótese de agir em contrariedade com os preceitos, a imposição se dará com aplicação de um mal, ou seja, uma sanção que é aplicada ainda que contra a vontade do destinatário.

Enfim, o Direito Penal é o marco do pensamento jurídico kelseniano. Isto porque, ele proíbe que certos comportamentos sejam adotados pelos indivíduos por serem considerados socialmente perniciosos, por aqueles que emitiram um ato de vontade por terem competência conforme norma superior/válida (KELSEN, 1987).

O Direito, no pensamento de Kelsen (1987), aplica-se no momento em que uma norma inferior seleciona um significado e fixa um sentido que ela atribui por uma norma superior, e, portanto, sucessivamente até se alcançar as normas mais concretas e individuais que integram a norma jurídica vigente.

Busca-se conceituar e estabelecer um comparativo teórico entre as correntes positivista e pós-positivista.

Partindo do pressuposto de que os princípios podem colaborar para a instauração de um Estado Democrático de Direito mais justo e realmente democrático, distinguir-se-ão regras e princípios, objetivando dar ênfase à adoção dos princípios como forma mais adequada para solucionar os casos complexos ou onde a lei for omissa ou injusta.

1 Breves considerações sobre o discurso do Positivismo Jurídico

O positivismo jurídico ou juspositivismo, é uma corrente da teoria do direito que procura explicar o fenômeno jurídico a partir do estudo das normas positivas, ou seja, daquelas normas postas pela autoridade soberana de determinada sociedade.

Ao definir o direito, o positivismo identifica, portanto, o conceito de direito com o direito efetivamente posto pelas autoridades que possuem o poder político de impor as normas jurídicas.

Segundo esta corrente de pensamento, os requisitos para verificar se uma norma pertence ou não a um dado ordenamento jurídico tem natureza formal, vale dizer, independem de critérios de mérito externos ao direito, decorrentes de outros sistemas normativos, como a moral, a ética ou a política.

O direito é definido com base em elementos empíricos e mutáveis com o tempo - é a tese do fato social, ou das fontes sociais ou convencionalista.

Nega-se, com isso, as teorias dualistas que admitem a existência de um direito natural ao lado do direito positivo. Assim, uma regra pertencerá ao sistema jurídico, criando direitos e obrigações para os seus destinatários, desde que emane de uma autoridade competente para a criação de normas e desde que seja criada de acordo com o procedimento previsto legalmente para a edição de novas normas, respeitados os limites temporais e espaciais de validade.

Metodologicamente, o positivismo jurídico representa uma opção pela neutralidade do intérprete do direito, sustentando que ele não deve se posicionar relativamente aos conteúdos das normas, mas apenas descrevê-los, de modo a preservar a vontade política expressa por aqueles que criaram as normas.

Etimologicamente, o termo positivismo jurídico tem origem no latim, de *ius positivum* ou *ius positum*.

O positivismo jurídico é uma teoria explicativa do fenômeno jurídico, que surgiu na Europa capitalista a partir do século XIX, durante o processo histórico de monopolização do poder político pelos aparelhos estatais.

Neste período, verifica-se um intenso movimento de codificação do direito que floresceu em países europeus. A secularização da sociedade e o reconhecimento da primazia do indivíduo conduziram ao desprestígio das teorias do direito natural e à substituição das normas de caráter religioso pelas leis estatais.

Após séculos de experiências que se tornaram insustentáveis com o Estado monárquico da era medieval, o Estado moderno surge com novas demandas no âmbito jurídico.

O Direito passa então a regular não só as relações intersubjetivas dos indivíduos, mas também as relações do Estado para com seus súditos, impedindo-o que aja arbitrariamente com estes.

No novo modelo estatal a demanda passa a ser por um ordenamento jurídico que garanta o ideal da segurança e, para que seja alcançado, o novo ordenamento jurídico dependerá da objetividade e da previsibilidade na identificação do direito, autônomo em relação à moral (valores), e, em relação à política (poder). (BARZOTTO, 2007, p.18)

Para Bittar (2009), “a norma jurídica é a única segurança para a teoria do direito; é ela o centro das investigações positivistas do Direito”. (BITTAR, 2009, p.376)

Com o surgimento do Positivismo Jurídico no século XIX houve a transformação e o norteamento de toda a elaboração e codificação das leis no Ocidente. A fim de ilustrar este contexto jurídico da época, escreveu Bobbio:

Dar a prevalência à lei como fonte do direito nasce do propósito do homem de modificar a sociedade. Como o homem pode controlar a natureza através do conhecimento de suas leis, assim, ele pode transformar a sociedade através da renovação das leis que a regem; mas para que isto seja possível, para que o direito possa modificar as estruturas sociais, é mister que seja posto conscientemente, segundo uma finalidade racional; e mister, que seja posto através da lei. O direito consuetudinário não pode de fato, servir a tal finalidade, porque é inconsciente, irrefletido, é um direito que exprime e representa a estrutura atual da sociedade e, conseqüentemente, não pode incidir sobre esta para modificá-la; a lei em lugar disto, cria um direito que exprime a estrutura que se quer que a sociedade assuma. O costume é uma fonte passiva, a lei é fonte ativa de direito. (BOBBIO, 2006, p. 120)

2 O positivismo jurídico: separação entre Direito, Moral e Política

O positivismo jurídico procura afastar-se das teorias jusnaturalistas do direito, que sustentavam a existência de um direito natural paralelo ao direito criado por legisladores humanos. Assim, rejeita a ideia de que o ordenamento jurídico dependa de elementos metafísicos e imutáveis como de mandamentos divinos ou de imperativos da razão humana. Ao contrário, define o direito com base em elementos empíricos ao sustentar que o direito é um conjunto de normas formuladas e postas em vigor por seres humanos, um produto da vontade de uma autoridade legislativa, com caráter vinculante.

A teoria positivista defende, ainda, a total separação entre direito e moral, afastando-se das correntes do moralismo jurídico.

Assim, para os positivistas, o estudo do fenômeno jurídico não depende de uma avaliação moral e o reconhecimento da validade das normas não depende da sua conformidade a critérios sobre o justo e o correto.

Consideram-se válidas todas as normas criadas por autoridades reconhecidas pelo ordenamento jurídico, independentemente de seu conteúdo.

Dessa forma, o aplicador do direito deve decidir sobre o caráter jurídico da norma com base na sua forma e não na sua substância. Isso não significa, no entanto, que os positivistas acreditem que não existe influência da moral no direito, ou que o direito deva permanecer separado da moral.

Apenas defendem que a influência da moral no direito não deve ser objeto da teoria do direito e procura separar o conhecimento do direito como ele é da avaliação moral do intérprete sobre como o direito deve ser.

Para o positivismo jurídico, direito e política, embora estritamente relacionados, estão separados em nível conceitual, o que afasta os defensores dessa corrente teórica dos integrantes do movimento realista do direito, que identificam direito e política ao encontrar nas finalidades políticas de cada decisão a explicação para as práticas decisórias do direito.

Os teóricos do positivismo jurídico divergem sobre os fatos sociais que definem o direito (a vontade do legislador, a vontade do aplicador do direito, a eficácia social das normas, o reconhecimento pelas autoridades e pelos cidadãos e a existência de uma norma suprema e pressuposta que indica qual conjunto de normas possui validade jurídica), divergindo, sobre as características do sistema jurídico, por exemplo, sobre se a finalidade do direito é a de garantir segurança jurídica e paz social e sobre a importância da sanção e da coerção na definição do direito.

3 Os Princípios Constitucionais – Breve visão

Levando-se em consideração a realidade atual, é necessário um novo olhar para os meios de manutenção da ordem pública, pois não se pode mais encarar um problema comportamental de grupos de indivíduos como eventos singulares, por estas razões entende-se e procura-se encontrar qual seria a melhor teoria do Direito.

Como se tem observado, um fato ocorrido em um determinado País passou a gerar impactos nas relações internas e externas de outros, desta forma as ferramentas já existentes no Ordenamento Jurídico Pátrio, para a atuação política e estrutural, passou a exigir maior agilidade, mas, na mesma proporção, a adequação aos preceitos fundamentais que regem uma Nação.

Concluindo que o constitucionalismo seria a teoria mais adequada, haja vista que limita o poder do “soberano”, mas, ao mesmo tempo, permite que as funções Estatais acompanhem as evoluções sociais.

Ou seja, nos tempos atuais, a interação mencionada, pelo constitucionalismo, requer um novo olhar e soluções que tragam segurança, não somente jurídica, como em todas as searas da existência dos Estados e do ser humano, com a finalidade de bem estar social.

No intuito de aplicar os princípios, emergem inúmeras questões, dentre elas o conceito de princípios, se todos podem ser autoaplicáveis, qual o critério para a aplicabilidade de um determinado princípio nos casos de aparentes conflitos, e outras. A definição de princípios, elencando quando e como podem ser aplicados, afastando o que chama de “euforia do novo” (ÁVILA, 2006), visando dar efetividade do ordenamento jurídico, dentro dos limites nele estipulados, inibindo exageros

e desvio das finalidades, dando a cada elemento contido no Direito Pátrio, a sua verdadeira conceituação, se princípio, se regra, outro aspecto, se auto aplicável ou se necessária a sua complementação.

Para melhor esclarecer é necessário, primeiramente, definir a terminologia princípio, visto que existe uma gama de interpretações demonstrando a complexidade e infinidade de posicionamentos e entendimentos quanto a análise de institutos regedores do ordenamento jurídico bem como verdades fundamentais que influem no comportamento humano.

Em todas as ciências existirão preceitos a serem observados para sua reprodução. Na física não se pode estudar o movimento de um corpo sem intentar ao princípio da inércia e assim todas as matérias de cognição e compreensão estarão repletas destes propulsores essenciais.

Para demonstrar a utilidade deste paradigma na Ciência Jurídica, primordial será a observância dos ensinamentos de Paulo Bonavides em sua obra “Curso de Direito Constitucional”, onde acertadamente desenvolve um capítulo sobre conceitos de princípio, resplandecendo a irrenunciabilidade deste instituto.

Segundo Luís-Diez Picazo, a ideia de princípio é derivada da geometria “onde designa as verdades primeiras” e seria exatamente por isso que são princípios, “premissas de todo um sistema que se desenvolve de modo geométrico”, “porque estão ao princípio”. Acrescenta, recorrendo ao pensamento de F. de Castro, a característica de verdades objetivas, que, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, mas sim do dever ser, como sendo normas jurídicas munidas de validade, obrigatoriedade e vigência.

Concluindo que, na qualidade de princípios de um determinado Direito Positivo, servirão de duas maneiras diferentes sendo de um lado “critério de inspiração às leis ou normas concretas desse Direito Positivo” e de outro lado serão normas obtidas “mediante um processo de generalização e declaração dessas leis”.

Assim esta definição de princípio mostra-se repleta de positivismo, inserindo função restrita e objetiva. Logo deixa respaldo para lacunas permissivas de condutas lesivas do ser humano, uma vez que a premissa do ordenamento jurídico é de que tudo será permitido ao particular, salvo defeso em lei e, ao público, só será permitido e devido o expresso em lei, assim, existirá validade dos atos, mesmo ofendendo princípios, pelo simples fato de ser necessária sua expressão.

Retornando à evolução conceitualista de Paulo Bonavides, é mister fazer alusão de que, na época onde a apreensão se via arraigada numa concepção civilista (século XX, por meados de 1916), F. de Clemente consolidava uma ponderação fundamental fazendo um paralelo demonstrando: “assim como quem nasce tem

vida física, esteja ou não inscrito no Registro Civil, também os princípios” “gozam de vida própria e valor substantivo pelo mero fato de serem princípios”, figurem ou não nos Códigos”, seguindo uma linha antipositivista ao declarar princípio como sendo “uma verdade jurídica universal”.

Tal ensinamento, no qual destaca a proximidade das essências dos princípios ao instituto romano da equidade como “a razão intrínseca do Direito”, inspira vários juristas, como Unger, a entenderem: “Princípio de direito é o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo”.

A Corte Constitucional italiana elaborou outro conceito em uma de suas primeiras sentenças (1956), como:

Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídicos aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.

Contudo Paulo Bonavides destaca um defeito fundamental que seria “a omissão daquele traço que é qualitativamente o passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios, a saber, o traço de sua normatividade.” Baseando-se na conceituação de Crisafulli:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Relevante será a observância do resultado da pesquisa doutrinária realizada por Ricardo Guastini na qual encontra-se seis distintos conceitos de “princípios”, sendo todos vinculados a disposições normativas.

Uma primeira definição seria que “princípio” referem-se àquelas normas, diretrizes (ou preceitos legais que expressam normas) dotadas de um nível de abstração e generalidade.

Poderá ser também utilizado este vocábulo como sendo dispositivos legais

munidos de extrema indeterminação, a ponto de necessitarem interpretação para sua concretização, aplicação aos casos concretos.

Outra função por ele encontrada seria de caráter “programático”, ou seja, discriminação dos tópicos essenciais do ordenamento jurídico a ser disciplinado.

Uma quarta interpretação do vocábulo seria de referente às normas encontradas em posições demasiadamente elevadas dentro da hierarquia das fontes de Direito. Ainda, “os juristas usam o vocábulo princípio para designar normas (ou disposições normativas) que desempenham uma função ‘importante’ e ‘fundamental’ no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto (o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito das Obrigações)”.

E finalmente: “elucida Guastini, os juristas se valem da expressão ‘princípio’ para designar normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos”

No entanto, para elucidar a obrigatoriedade de considerar incidentes não só os princípios expressos, como também aqueles ‘ignorados’ pelo Direito Posto, indispensável será a observação de Gordillo:

Diremos então que os princípios de Direito Público contidos na Constituição são normas jurídicas; mas não só isso, enquanto a norma é um marco dentro no qual existe uma certa liberdade, o princípio tem substância integral (...). A norma é limite, o princípio é limite e conteúdo (...). O princípio estabelece uma direção estimativa, sem sentido axiológico, de valoração, de espírito (...). O princípio exige que tanto a lei como o ato administrativo lhe respeitem os limites e que além do mais tenham o seu mesmo conteúdo, sigam a mesma direção, realizem o seu mesmo espírito.

Como sendo “normas de elevada abstração e generalidade, não circunscritos em pressupostos de fato, relacionados historicamente à moral e à justiça, o que a eles confere superioridade normativa, bem como propicia a descoberta do sentido e da finalidade a ser perseguida na solução de casos concretos, sistematizando e permitindo a adequação da ordem jurídica à dinâmica social, mediante a ponderação justificada pelo razoável”. (NIEHBUR, 2000, p.44). Em suma, eles dão sentido e alcance à legislação, sendo o fundamento básico e normativo.

No Texto Maior, iremos encontrar duas categorias principais de normas constitucionais que exercem funções distintas, sendo elas os princípios e as regras. As

regras se caracterizam por aproximar-se às normas do direito comum, que englobam elementos necessários para gerar um direito subjetivo, ou seja, que é passível de incidir diretamente em um caso concreto. Os princípios, como anteriormente dito, são normas de extrema abstração, mas, apesar de não gerar direitos subjetivos, são indispensáveis e basilares a Constituição e conseqüentemente ao Ordenamento Jurídico, pois tornam o Texto Maior uma estrutura única e dá suas diretrizes fundamentais, a fim de respaldar e orientar o Estado de Direito Democrático no qual vivemos.

Celso Ribeiro Bastos ensina:

O Direito não é um mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é um ordenamento, ou seja, um conjunto significativo e não uma conjunção resultante de vigência simultânea. O Direito é coerência, ou talvez, mais rigorosamente, consistência, entendida esta como uma unidade de sentido. Trata-se de um valor incorporado em uma norma jurídica. Esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor, projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos, como bem preleciona o mestre português Jorge Miranda.

Assim, sendo os princípios norteadores das outras normas, quando houver possibilidades de várias significações para a regra, dever-se-á de escolher aquela que permitir maior proximidade com o princípio.

Não há de se fazer aplicação isolada de um princípio, mas sim encará-los como critérios de interpretação. Os princípios serão concretizados através de regras nas quais estarão implícitos, sendo então, a autarquia predominante nesta categoria de norma. Com isso demonstra-se que a gravidade de lesão a um princípio é nefasto, extremamente mais grave que a lesão a uma regra.

4 Fundamentos de validade das normas e do sistema jurídico

Para os positivistas, o fundamento de validade de uma norma encontra-se em uma norma válida superior a ela na hierarquia das fontes do direito. Já a validade das normas que se encontram no topo desta pirâmide hierárquica depende de alguma maneira, de sua eficácia social em determinado momento e local em razão da existência de um poder político efetivo.

Para Hart (2009), o fundamento de validade de um ordenamento jurídico se encontra em uma norma última de reconhecimento, que especificaria

os critérios segundo os quais a validade das leis é determinada. Ao contrário das normas subordinadas de um sistema, que podem ser válidas e existir mesmo que sejam desrespeitadas, a norma última de reconhecimento, “só existe como uma prática complexa, embora normalmente harmoniosa e convergente, que envolve a identificação do direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios. Sua existência é uma questão de fato”³.

Já Kelsen (1987), sustenta a necessidade lógica de pressupor a existência de uma norma fundamental que seria “a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa”⁴. Assim, a norma fundamental ordenaria que todos se conduzam de acordo com as normas positivas supremas do ordenamento e atribuiria validade a todas as normas decorrentes da manifestação da vontade do criador dessas normas supremas.

Uma posição intermediária entre a pressuposição de uma norma imaginária e a observação da realidade social é adotada por Joseph Raz, para quem o fundamento de validade de um ordenamento jurídico se encontra na *ultimate legal rule*, uma norma cuja existência efetiva pode ser provada pela observação da realidade social em determinado local e momento.

As críticas mais frequentes e caricaturais dirigidas ao positivismo jurídico podem ser divididas da seguinte maneira:

1. aplicação mecânica da lei – com frequência afirma-se que o positivismo, ao distinguir entre a criação e a aplicação da lei, prescreve que os juízes se limitem a subsumir fatos a normas, não podendo decidir conforme suas próprias considerações morais. Esta afirmação não faz sentido uma vez que se analisem as principais teorias positivistas como a de Kelsen, que “sustenta que o direito seria uma moldura para a interpretação”, como a de Hart, que “trata do tema da textura aberta do direito”, como a de McCormick, que “descreve a existência de uma penumbra de dúvida nas normas”, e como a de Raz, que “admite a criação discricionária de uma regra jurídica pelo juiz”. Para os positivistas, de maneira geral, o recurso do aplicador do direito à moral para decidir pode ser obrigatório, facultativo ou proibido conforme ele seja autorizado pelo ordenamento jurídico difamatório integrante à natureza moralista;

2. legitimação incondicional do direito – frequentemente sustenta que para o positivismo jurídico a validade seria a consagração da justiça e que o dever de obediência às normas decorreria diretamente da sua validade, independente do seu conteúdo.

³ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 142.

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura de direito*. Armênio Amado: Coimbra, 1979. p. 269.

Assim, o positivismo jurídico é visto como uma teoria uniforme especialmente centrada em obtenção de formulas exigências em relação ao conteúdo do direito. Não obstante, os positivistas vinculam a validade do direito ao requisito fático de eficácia social mínima, que está vinculado ao requisito de legitimidade do sistema jurídico. O projeto positivista consiste em elevar o Direito a um patamar de ciência autônoma e, para isso, retirar dela os aspectos axiológicos e subjetivos. O foco está no direito positivo tratado como um fenômeno puramente jurídico. “Para a Ciência do Direito não importam os fatos e as relações humanas em si, isto é, não são os fatos e as relações intersubjectivas objetos de estudo desta ciência”. (HONESKO, 2006, p. 54)

Neste impasse reside a tarefa do positivismo: retirar do Direito, para que ele se torne uma ‘teoria pura’, os valores morais e de justiça, pois estes têm conteúdos subjetivos que variam conforme o tempo e o espaço, logo, não deverão ser apreciados pela ciência do Direito, já que não há uma ideia de justiça, mas sim, várias. (TRAVERSONI, 2011, p.320)

Kelsen elucida quanto este aspecto ao descrever que:

Os juízos de justiça não podem ser postos à prova objetivamente. Portanto, uma ciência do Direito não tem espaços para eles. Os juízos de justiça são juízos de valor morais ou políticos, em contraposição aos juízos jurídicos de valor. Eles pretendem expressar um valor objetivo. (KELSEN apud HONESKO, 2006, p. 57)

Não há que se falar então em Direito bom ou mau, justo ou injusto, isto é, não há que se fazerem distinções ou juízos de valor, quando se trata de definir o que é o Direito. Para dar tal cientificidade ao Direito, Kelsen procura fundamentá-lo como um sistema lógico-formal sem que seja necessário recorrer a elementos metafísicos, sociais, morais ou políticos.

Sendo assim, a normalidade da norma reside na sua imposição por uma autoridade legitimamente constituída para tal ofício, respeitando os procedimentos para sua criação.

Deve-se, portanto, haver outra norma válida que confira tais poderes a esta autoridade. Diante da impossibilidade de se retroceder infinitamente neste ciclo normativo, em que uma autoridade, através de uma norma, foi legitimada a criar normas e legitimar novas autoridades para que estas possam também impor normas válidas é que Kelsen invoca a última norma, a ‘norma fundamental’ (Grundnorm)⁵.

⁵ Alf Ross, elaborou conceito parecido com o nome de ‘norma básica’, enquanto Herbert Hart elaborou com o nome de ‘regra de reconhecimento’. Ambas com a mesma finalidade lógica e teórica da norma fundamental de Kelsen

Em síntese, o Direito para Kelsen (2006), reside na norma válida que é aquela lastreada pela norma fundamental que, por sua vez, fundamenta todo o ordenamento jurídico:

O ordenamento jurídico é um sistema de normas gerais e individuais, vinculadas umas às outras pelo fato de que a produção de toda norma pertencente a este sistema é determinada por outra norma do sistema e, em última análise, pela sua norma fundamental. (KELSEN, 2006, p.10)

Quanto à eficácia, Kelsen (2006), irá relacioná-la diretamente com a validade da norma, no sentido de que a norma válida é a norma eficaz. “Não se pode negar que tanto um ordenamento jurídico na sua totalidade quanto uma norma singular perdem sua validade quando deixam de ser eficazes” (KELSEN, 2006, p. 239). Com isto, o autor não estaria reduzindo a validade da norma à eficácia, até porque, antes que uma norma possa surtir efeitos esta deve ser, primeiramente válida, ou seja, posta por uma autoridade legitimada e derivada da norma fundamental. Tais condições são as quais conferem validade à norma.

A eficácia é, na verdade, condição para que a norma continue a ser válida após sua introdução no ordenamento jurídico. Quando à perda da validade por ineficácia da norma Kelsen deu o nome de ‘desuetudo’.

A norma válida é aquela que existe efetivamente, ou seja, a norma vigente em determinada sociedade. Na teoria de Ross, há uma restrição da validade da norma àquelas tomadas pelos juízes como obrigatórias. (BARZOTTO, 2007, p.74)

Barzotto (2007), afirma que sendo assim, o Direito em Ross está submetido aos juízes que aplicam as normas de um ordenamento jurídico:

A partir desta adesão ideológica, pode-se afirmar que normas válidas são aquelas que produzem um sentimento de compulsão psicológica nos juízes, na medida em que estão fundamentadas na ideologia jurídica em vigor. (BARZOTTO, 2007, p.77)

Assim, “se em Kelsen, a autoridade máxima do sistema é o poder constituinte originário, em Ross é o poder constituinte instituído, isto é, o poder de reforma da constituição”. (BARZOTTO, 2007, p.80)

O desuetudo kelseniano também está presente na teoria de Ross e tem conteúdo aproximado. Para ele, os juízes podem deixar de aplicar determinada norma pelo fato de não a conceber como compatível com a ideologia jurídica vigente, o que fará com que, após ter sido ignorada reiteradas vezes, a norma perca sua

validade por ineficácia. Logo, a questão da eficácia, para Ross, está atrelada também à contínua aplicação da norma.

5 Considerações Finais

Pode-se concluir que se pode acreditar que com a evolução do positivismo jurídico para um pós-positivismo jurídico o Direito possa tomar rumos mais desejáveis no que se refere a uma tutela jurisdicional mais justa e democrática.

Do ponto de vista metodológico e científico, torna-se evidente quando, os mesmos procuram atribuir validade ao ordenamento jurídico e às normas buscando subsídios em elementos lógicos, psíquicos e sociais.

Apesar do debate em torno do discurso do positivismo neste caso em relação à moral, há motivos tanto para dizer que não há como efetivar a justiça sem que nesta esteja contida certa dose de moral ou de ética. E se isso é verdade, se os elementos tidos como extrajurídicos nunca estiveram definitivamente afastados do Direito, talvez poder-se-ia perguntar: por que então haveria a necessidade de elaboração de uma nova corrente que clama pela retomada de algo que, na verdade, nunca esteve apartado? Pode-se responder à pergunta destacando a principal diferença entre as correntes, que é a forma como estas concebem os princípios jurídicos.

A proposta da hegemonia dos princípios, para o pós-positivismo jurídico, tem o intuito de sanar o problema do poder discricionário, que antes, dentro do pensamento juspositivista, tinha suporte teórico para ser usado de forma indiscriminada. Se a afirmação parecia um pouco exagerada, para ilustrar, foram explicitados vários casos verídicos da prática judiciária brasileira (que certamente não são os únicos) que provam esta afirmação.

Por outro lado, se é possível fazer uma crítica as ambas teorias, tanto aos positivistas, quando aos pós-positivistas, esta poderia ser de que a formação, criação e interpretação do Direito ainda se encontram concentradas nas autoridades estatais, o que de um ponto de vista social-democrático amplo, não é desejável.

Pelo exposto, para Kelsen (1987) o Direito não é fruto ou produto da razão, ao contrário, ele é constituído por meio de um ato de vontade e pessoas que, de acordo com o próprio direito, tem competência para impor normas jurídicas válidas que estabelecem significados diferentes dos comportamentos ou condutas humanas de forma a prescrever condutas proibidas, permitidas ou ordenadas e incidir o mal que é aplicado a todo aquele se comporta de modo contrário ao direito.

Em suma, pode-se eleger o pós-positivismo jurídico como a teoria mais adequada, atualmente, para dar soluções mais justas e razoáveis aos problemas

jurídicos, bem como regular os direitos individuais, na intenção de que estes abranjam a todos, sem exceções.

Indubitavelmente, de que o grande impasse dentro das sociedades modernas, onde certamente, grande pluralidade de crenças, raças, classes e ideologias, seja, talvez, o de conciliar de forma harmoniosa.

No intuito de se demonstrar a cultura brasileira em ter como relevante a positivação das garantias constitucionais, trazemos de exemplo o Novo Código de Processo Civil, que, além de realizar alterações nos procedimentos, veio a repetir, literalmente, ditames contidos na Constituição Federal, mas não observados.

Logo, os diversos ramos do Direito vêm sendo interpretados e aplicados com fundamentação e interpretação baseadas na Constituição Federal, convergindo com o disposto na “Exposição de Motivos” contido no Novo Código de Processo Civil, em suas primeiras linhas, onde enfatiza o fato de que “um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias Constitucionais⁶ de um Estado Democrático de Direito”

Pode-se dizer que com as renovações constitucionais, os temas também se renovam, atualmente, a constitucionalização do direito, englobando todas as relações, principalmente aquelas nas quais o Estado exerce um papel fundamental.

Referências

ARCELO, Adalberto A. B.; **Condições de Possibilidade do Discurso do Positivismo Jurídico no Paradigma do Estado Democrático de Direito.** In. **Teoria do direito neoconstitucional : superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: 2008. p. 17-29.

ÁVILA, Humberto, **Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo : Malheiros Editores, 2.004.

BANDEIRA de MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo.** 3ª ed., Vol. I Introdução, São Paulo : Malheiros Editores, 2.007

⁶ Isto é, aquelas que regem, eminentemente, as relações das partes entre si, entre elas e o juiz e, também, entre elas e terceiros, de que são exemplos a imparcialidade do juiz, o contraditório, a demanda, como ensinam CAPALLETTI e VIGORITI (I diritti costituzionali dele parti nel processo civile italiano. *Rivista de diritto processuale*, II serie, v. 26, p. 604-650, Padova, Cedam, 1971, p 605”

BARROS, Renata Furtado de; LARA, Paula Maria T.; FERREIRA, Juliana M. M. **Direito e Justiça: estudos jurídicos contemporâneos**. Raleigh, Carolina do Norte, Estados Unidos da América: Lulu Publishing, 2013.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2.003.

_____. **Do País Constitucional ao País Neocolonial**. 3ª ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2.004.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3ª ed. ver. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Editora Almedina, 1999.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2003.

FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 2001, p. 79.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Roberto Machado; Eduardo Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU, 2002.

FOUCAULT, Michel. Estratégia, poder-saber. Org. Manoel Barros da Motta. Trad. Vera Lúcia Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HABERNAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 142

HESPANHA, Antonio Manuel. Panorama histórico da cultura jurídica europeia. 2. ed.

Portugal: Publicações Europa-América, 2001.

HONESKO, Vitor Hugo Nicastro. **A norma jurídica e os direitos fundamentais: um discurso sobre a crise do positivismo jurídico**. São Paulo: RCS, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. 2ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

MACHADO, Roberto Denis. **Positivismo jurídico**. In. TRAVESSONI, Alexandre. *Dicionário de teoria e filosofia do direito*. São Paulo: LTR, 2011. pp. 314-318.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo : Malheiros Editores,

_____. *Discricionabilidade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed., 5ª triagem, São Paulo : Malheiros Editores, 2003.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RACHELS, James. **Os elementos da filosofia da moral**. 4 ed. São Paulo: Manole, 2006.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.