

A EFICÁCIA DO JUSPOSITIVISMO NA COMPLEXA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Anna Candice Weiler Miralles¹

"O conselho que dou aos sábios e solenes historiadores é que não se ponham a interpretar nenhum pormenor ou segredo de qualquer arte ou ciência, especialmente as leis deste reino, sem antes consultar os que as conhecem e dominam".

(Sir Edward Coke, 3 Reports, sig. D2)

1 INTRODUÇÃO

A clássica ciência juspositivista vem sendo questionada por inúmeros operadores do direito, em especial no que concerne à sua eficácia na sociedade contemporânea, concebendo-se, desta forma, diversas dúvidas acerca do tema, principalmente por parte dos estudantes de Direito. Dentre estas incertezas, há: qual a correta definição do juspositivismo? Quais os aspectos negativos e positivos desta ciência? É possível sua aplicação na atualidade e, em caso positivo, de que forma isto pode ser feito? Não obstante, a pergunta que mais me inquieta como estudante é esta: o juspositivismo pode ser considerado eficaz em sua tarefa de alcançar o objetivo do direito, qual seja: a paz social?

O objetivo desta investigação é questionar a eficácia do juspositivismo através da verificação das vantagens e desvantagens de sua aplicação, propiciando, desta forma, um maior conhecimento pessoal acerca do tema, que virá a ser compartilhado com os colegas, sendo este inerente a todos nós, futuros operadores do direito.

Interessei-me pelo assunto posto que apresenta-se como intrigante quando do estudo da ciência jurídica, gerando inúmeras posições doutrinárias divergentes. A

¹ Acadêmica do quinto semestre do Curso de Direito, do Centro Universitário Univates, de Lajeado/RS. Análise filosófica apresentada na disciplina de Filosofia Geral, com orientação do professor Vilmar Pereira, em novembro/2004.

presente pesquisa permitirá um maior conhecimento acerca da teoria, bem como possibilitará a adoção de um posicionamento crítico frente ao exposto.

Com relação ao assunto abordado, defendo a tese de que o juspositivismo é ineficiente, visto que não é capaz de dirimir os complexos conflitos da sociedade contemporânea. Acredito ainda que este pode ser considerado uma ciência ultrapassada, bem como, a meu ver, não corresponde às expectativas da sociedade, pois mantém-se atrelada às leis escritas, incapazes de atualizarem-se à realidade social com a celeridade necessária.

A presente análise será composta por dois capítulos. Primeiramente, realizarei uma análise bibliográfica acerca do tema, aprofundando-me em especial na visão do cientista jurídico Norberto Bobbio, obtendo a base teórica necessária para a confecção do capítulo a seguir, que trata das considerações finais, no qual apresentarei o posicionamento crítico.

2 QUE É O JUSPOSITIVISMO

2.1 Juspositivismo e seu significado histórico

Bobbio (1995), em sua obra *O positivismo jurídico, lições de filosofia do direito*, quando passa a tratar da conclusão histórica acerca do juspositivismo, afirma:

[...] a corrente doutrinária do juspositivismo entende o termo “direito positivo” de maneira bem específica, como direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante norma gerais e abstratas, isto é, como “lei”. Logo, o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é apresentado pela codificação (Bobbio, 1995, p. 119).

Quanto ao surgimento da idéia de legislação no processo de formação do Estado moderno, afirma Gagner, apud Bobbio (1995, p. 119), que a origem de tal idéia situa-se nos séculos XII e XIII, ou seja, “na época em que se constitui a doutrina canonista”; segundo este autor sueco, “a idéia de lei, ou seja, da produção de normas jurídicas gerais por parte de uma pessoa investida de um poder soberano, surgiu por obra dos estudiosos do direito canônico e somente num

segundo período foi passada para a sociedade civil e ingressou no patrimônio conceitual dos juristas” (p. 119)

Consoante Bobbio (1995), a busca por idéias básicas (princípios ideológicos), embasadoras do movimento pela codificação da legislação, da mesma forma que o ocorrido na formação do Estado moderno, permite o destaque de duas, ambas de marca nitidamente racionalista.

A primeira seria relacionada à prevalência dispensada à lei, que exprime a concepção de Direito, tido este como ordenamento racional da sociedade. Crê o doutrinador que “tal ordenamento não pode nascer de comandos individuais e ocasionais (porque então o direito seria capricho e arbítrio), mas somente de normas gerais e coerentes postas pelo poder soberano da sociedade, assim como a ordem do universo repousa em leis naturais, universais e imutáveis” (Bobbio, 1995, p. 119-120)

A segunda, qual seja, “dar prevalência à lei como fonte do direito” advém do propósito humano de modificar a sociedade. Sobre esta, pondera o autor:

[...] como o homem pode controlar a natureza através do propósito de suas leis, assim ele pode transformar a sociedade através da renovação das leis que a regem; mas para que isso seja possível, para que o direito possa modificar as estruturas sociais, é mister que seja posto conscientemente, segundo uma finalidade racional; é mister, portanto, 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 e a lei uma fonte ativa do direito (Bobbio, 1995, p. 120).

Para Bobbio (1995, p. 120), “o impulso para a legislação nasce da dupla exigência de pôr ordem no caos do direito primitivo e de fornecer ao Estado um instrumento eficaz para intervenção na vida social.”

2.1.1 Juspositivismo: o seu surgimento como movimento contrário ao jusnaturalismo

Para Silva (2003, p. 12), em tese na qual aborda o juspositivismo, “a expressão ‘positivismo jurídico’ não deriva de ‘positivismo’, no sentido filosófico do

termo, muito embora no século passado tenha havido uma certa correlação, já que alguns positivistas jurídicos eram igualmente positivistas, na acepção da escola fundada por Comte.” Pondera ainda que “*de fato, o termo deriva da locução ‘direito positivo’ em contraposição àquela de ‘direito natural’*”. E, portanto, para compreender o seu significado, é necessário apontar o sentido da expressão direito positivo” (p. 13, grifo nosso).

Neste particular, a definição elaborada por Ráo (apud Silva, 2003, p. 14) cumpre seu papel:

A concretização do direito em normas ou preceitos legislativos, ou simplesmente costumeiros, ou jurisprudenciais, mas sancionados e impostos pela autoridade do Estado, revela, em relação a cada comunidade nacional, uma concepção peculiar do que é justo, ou injusto nas relações humanas e no modo de solução dos conflitos que destas relações surgem; assim é que se caracteriza e nasce o direito positivo, por natureza contingente e variável de povo a povo e em cada povo, como contingentes e incessantemente variáveis são as ações, reações, relações e conflitos, que formam o seu objeto. É pois, o direito positivo um direito declarado, praticado e feito valer, materialmente, pela proteção-coerção a cargo do Estado.

Segue a autora, “por outro lado, muito embora a dicotomia direito natural e direito positivo tenha permeado a história da evolução do pensamento jurídico, é apenas a partir do século passado que a tradição jurídico-positivista se firma como corrente de pensamento, de forma quase hegemônica, fazendo ainda sentir hoje sua influência.” (Silva, 2003, p. 14)

Bobbio explica que o positivismo jurídico

[...] é uma concepção do direito que nasce quando "direito positivo" e "direito natural" não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo "positivo" ao termo "direito" torna-se um pleonasma mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética, o *positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo* (Bobbio apud Silva, 2003, p. 15).

Seguindo sua explanação, Silva (2003, p. 17) afirma que “desta forma resulta claro que o positivismo jurídico surge como reação ao jusnaturalismo, repelindo tudo aquilo que extravasasse os limites do que não fosse posto e aprovado pelo Estado, surgindo como conseqüência da formação do Estado moderno.”

Com ele, o juiz, livre órgão da sociedade, se torna um órgão do Estado, autêntico funcionário do Estado. De acordo com a análise histórica realizada por Ehrlich, em sua obra *La logica dei giuristi*:

[...] este fato transforma o juiz no titular de um dos poderes estatais, o judiciário, subordinado ao legislativo; e impõe ao próprio juiz a resolução das controvérsias sobretudo segundo as regras emanadas do órgão legislativo ou que, de qualquer modo (tratando-se de normas consuetudinárias ou de direito natural), possam ser submetidas a um reconhecimento por parte do Estado. As demais regras são descartadas e não mais aplicadas nos juízos: eis por que, com a formação do Estado moderno, o direito natural e positivo não mais são considerados no mesmo nível; eis por que sobretudo o direito positivo (o direito posto e aprovado pelo Estado) é tido como o único verdadeiro direito: este é o único a encontrar, doravante, aplicação nos tribunais. (Ehrlich apud Silva, 2003, p. 17)

2.2 Os pontos fundamentais da doutrina juspositivista

Segundo Bobbio (1995), as características fundamentais do positivismo jurídico podem ser resumidas em sete pontos ou problemas, constituindo-se estes como pontos nodais da teoria em tela. Não cabe neste momento a classificação destes como negativos ou positivos, posto que, por ora, trata-se apenas da pesquisa bibliográfica acerca do assunto; entretanto, tais postulações vieram contribuir para a formação pessoal de juízo frente à teoria, a ser ponderada em momento oportuno, qual seja, o das considerações finais. Ressalto que os pontos elencados são sucintos, não esgotando de forma alguma qualquer discussão.

O autor, com o arrolamento destes pontos, demonstra fatores preponderantemente abarcados pelo juspositivismo, sendo muitos deles geradores de ponderações e formulações *in contrario sensu*, algumas concretas, outras infundadas. Certo é que o conhecimento acerca destes permite a tomada de um panorama geral sobre a doutrina juspositivista.

Os pontos destacados por Bobbio (1995) são os seguintes:

Num primeiro momento, discorre sobre o modo de abordar, encarar o direito. Neste, afirma que o positivismo jurídico responde a tal aspecto considerando o direito *fato*, e não *valor*, observando que “o direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo

natural” (Bobbio, 1995, p. 131). Entende a seguir que o posicionamento de um operador do direito, em especial os magistrados, quando do estudo da primorosa ciência jurídica, deve equiparar-se a de um cientista que estuda a realidade fática, natural, ou seja, “abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor” (p. 131).

Segue ponderando que, para a doutrina juspositivista, o Direito deve ser encarado de forma completamente avalorativa, isto é “privado de qualquer condição valorativa ou ressonância emotiva” (Bobbio, 1995, p. 131). Desta forma, verifica-se que esta corrente de estudo concebe o Direito de forma tal que este desvincula-se do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor.

Ainda com relação a este aspecto, salienta que “desse comportamento deriva uma particular ‘teoria da validade do direito’, dita teoria do formalismo jurídico, na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à estrutura formal (vale dizer, em palavras simples, o seu aspecto exterior), prescindindo do seu conteúdo” (Bobbio, 1995, p. 131); desta forma, a validade de uma norma não acarreta necessariamente a afirmação de seu valor.

Num segundo momento, aborda a questão de definição do Direito, afirmando para tanto que “o juspositivismo define o direito em função do elemento da coação, de onde deriva a teoria da coatividade do direito” (Bobbio, 1995, p. 131).

Considera que esta teoria decorre do modo de considerar o Direito, conforme supra referido. Acredita que “considerar o direito como fato leva necessariamente a considerar como direito o que vige como tal numa determinada sociedade, a saber, aquelas normas que são feitas valer por meio da força” (Bobbio, 1995, p. 132). Observa que tal filosofia é anterior ao pensamento juspositivista, havendo sido formulada anteriormente ao nascimento deste pelo jusnaturalista alemão Christian Thomasius.

O estudo das fontes do Direito é o aspecto tratado no terceiro “problema” arrolado por Bobbio (1995). Historicamente, o juspositivismo é predominantemente abordado com relação a este aspecto (fonte legítima), posto que defende intensamente “a teoria da legislação como fonte preeminente do direito”, considerando desta forma o direito *sub specie legis*. Em decorrência de tal

posicionamento, surgem indagações com relação às demais fontes do direito, posto que evidente que estas não desaparecem em seu todo.

O positivismo jurídico apresenta complexas formulações visando a explicar as relações entre lei e direito judiciário, bem como aquela e direito consuetudinário. Desta forma, surge ainda, conforme o autor, “o problema das fontes assim ditas ‘pressupostas’ ou ‘aparentes’ do direito, como a equidade e a natureza das coisas ou dos fatos (representando esta última uma abertura inconsciente para o direito natural)” (Bobbio, 1995, p. 132).

Não trago por ora maiores considerações acerca deste problema, visto que inúmeras e intensas são as teses que o abordam, não havendo doutrina pacífica acerca dele. A leitura de considerações posteriores permite a verificação da retomada deste aspecto, demonstrando o entendimento global alcançado.

O quarto ponto diz respeito à teoria da norma jurídica. Sob o prisma da “teoria imperativista do direito”, a norma é imperiosa, é considerada um comando. Decorrem desta teoria “matriz” diversas subteorias que visam a analisar mais profundamente este imperativo normativo, atribuindo-lhe valores (positivo, negativo, ético,...)

Discute-se também a questão das “normas permissivas”, aquelas que apenas autorizam formalmente a prática de certos atos comuns aos cidadãos. O ponto nodal existente é: estas normas fazem manifestar em menor grau a natureza imperativa do direito?

Trata-se ainda de mais um aspecto: a quem são dirigidos os comandos jurídicos? Visando a estabelecê-lo, adentra-se no problema dos destinatários da norma.

No quinto ponto, é abordada a “teoria do ordenamento jurídico”. Esta passa a analisar o conjunto das normas vigentes em detrimento do enfoque exclusivo e isolado de uma só norma. Segundo Bobbio (1995), p. 132, “o positivismo jurídico sustenta a teoria da coerência e da completitude do ordenamento jurídico”

Por coerência, entende-se que é impossibilitada a coexistência simultânea de normas contraditórias, antinômicas. Caso isto venha a ocorrer, dever-se-á levar em

consideração apenas uma delas, ou então desconsiderar ambas, tendo-as por inválidas.

O requisito da completude autoriza a extração, por parte do magistrado, de uma *regula decidendi* para resolução do que lhe seja submetido, baseando-se este, para tanto, nas normas contidas explícita ou implicitamente no ordenamento jurídico. Assim, exclui totalmente o juspositivismo a existência das famosas “lacunas do direito”.

No sexto ponto, trata-se do método da ciência jurídica, ou seja, a questão da interpretação (concebendo-se esta no sentido lato, compreendendo toda atividade científica realizada pelo jurista: interpretação estrita, integração, construção criação, do sistema). A interpretação mecanicista sustentada pela teoria dá prevalência, na atividade jurisdicional, ao elemento meramente declarativo em detrimento do produtivo. Segundo Bobbio (1995, p. 132), em virtude disto pode-se afirmar que “o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou de calculador eletrônica”. Afirma ainda que “este foi o ponto escolhido pelos adversários para desencadear a contra-ofensiva contra o positivismo jurídico e que gerou logo um debate tremendo, chamado pelos alemães de ‘batalha dos métodos’ (Methodenstreit)” (p.132).

Ao mencionar o sétimo ponto, abarca a teoria da obediência. Discorre o autor que “sobre este ponto não se podem fazer generalizações fáceis. Há um conjunto de posições no âmbito do positivismo jurídico que encabeça a teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal, teoria sintetizada no aforismo: Gesetz ist Gesetz (Lei é Lei)” (Bobbio, 1995, p. 133).

Identifica-se a origem de ponderação no pensamento filosófico alemão da primeira metade do século XIX e, em particular, a Hegel. Enquanto isto, as concepções hodiernas vinculam-se ao pensamento racionalista moderno.

Destaca-se neste aspecto a existência de um positivismo ético, desvinculando este do positivismo jurídico. Trata-se de afirmação moral ou até mesmo ideológica, mas não científica, conforme Bobbio.

Sumarizando, o autor afirma que o positivismo jurídico pode ser considerado sob três aspectos:

- a) um certo modo de abordar o estudo do direito;
- b) uma certa teoria do direito;
- c) uma certa ideologia do direito.

2.3 Juspositivismo e a definição do direito como norma válida ou como norma eficaz

No que concerne à eficácia juspositivista, Bobbio (1995) apresenta algumas considerações nas quais envolve o pensamento puramente positivista, bem como aquele apresentado por uma corrente emanada deste, qual seja o “realismo jurídico”. Resta evidente, pelas suas considerações, que esta segunda concepção apresenta argumentos menos “radicais” do que a que a originou, apesar de permanecer inserida nesta, adequando-se, a meu ver, com maior rigor à complexidade social hodierna.

Ponderando sobre a corrente tradicional, esta define o positivismo jurídico como um “conjunto de comandos emanados pelo soberano”. Introduzido assim o requisito da validade, consideram-se normas aquelas promulgadas de uma forma legalmente prevista, não se levando em consideração sua efetiva aplicação social, pelo qual é preterido o requisito da eficácia.

Com relação à já referida corrente moderada do “realismo jurídico”, esta sustenta ser completamente ineficiente a visão monista² no requisito da validade, introduzindo o requisito da eficácia em sua tese. Considera o Direito realidade social, fática, objetivando sua aplicação. Assim, a norma que não alcançar ao objetivo do direito (ser aplicado), não será considerada pertencente ao Direito.

O autor resume o pensamento desta corrente assim: “é direito o conjunto de regras que são efetivamente seguidas numa determinada sociedade” (Bobbio, 1995, p. 142).

Traça ainda um comparativo afirmando:

² O monismo corresponde à doutrina filosófica segundo a qual o conjunto das coisas pode ser reduzido à unidade, quer do ponto de vista da sua substância, quer do ponto de vista das leis (lógicas ou físicas) pelas quais o universo se ordena (Franzolin, 2004).

[...] as diferentes definições de direito dadas pela escola realista e aquelas da escola positivista (em senso estrito, por exemplo a de Kelsen) decorrem do ponto de vista diverso em que os expoentes das duas escolas se colocam, para considerar o fenômeno jurídico; os juspositivistas enfocam o direito pelo ângulo visual do *dever ser*, considerando assim o direito como um realidade normativa; os realistas enfocam o direito do ângulo visual do *ser*, considerando assim o direito uma realidade fatural (Bobbio, 1995, p. 142).

Não se postula com isto ser incompleta a definição juspositivista tradicional, posto que corresponde fielmente à atitude assumida pelo jurista. Este, quando da análise do nexos causal em determinada lide, verificará incontinenti a presença do requisito da validade normativa do dispositivo a ser aplicado, não indagando com relação à eficácia deste.

Identifica-se claramente a diferenciação das correntes com a análise do modo explicitamente diverso, diferenciado destas de individualizar as fontes do direito.

Cabem neste momento as indagações: “o que significa dizer para um realista que o direito são as normas efetivamente cumpridas? Em outras palavras: que conduta se observa para estabelecer a efetividade de uma norma? Talvez a conduta dos cidadãos?” (Bobbio, 1995, p. 143).

Desta forma, cabe esclarecer:

[...] quando os realistas falam de eficácia do direito, não se referem ao comportamento dos cidadãos; não pretendem dizer que são direito as normas aplicadas por esse últimos, e isto por dois motivos: em primeiro lugar, se se devesse acolher a uma semelhante definição de direito, este não existiria porque não existem normas jurídicas que todos cidadãos respeite; em segundo lugar, é extremamente difícil (e praticamente impossível) desenvolver uma investigação sociológica para verificar se e em qual medida os cidadãos aplicam certas normas – e conseqüentemente constatar quais são as normas jurídicas (Bobbio, 1995, p. 143).

Quando tratam da eficácia, os realistas estão a invocar a o comportamento dos magistrados, ou seja, dos que tem a obrigação legal, em virtude da profissão, de fazer respeitar as normas impostas aos cidadãos. Consideram desta forma “norma” aquela efetivamente aplicada pelo juiz quando da resolução da lide. Relegam, desta forma, a segundo plano, a atividade legislativa, pois acreditam que “no aplicar as normas legislativas é possível que o juiz lhes modifique o conteúdo, e portanto é possível uma divergência, uma defasagem entre o ordenamento do legislador e dos juízes” (Bobbio, 1995, p. 143).

O comparativo entre estas concepções gera a dúvida apontada pelo autor em foco: “qual o verdadeiro ordenamento jurídico? O do legislador, embora não aplicado pelos juízes, ou o dos juízes, embora não seja conforme as normas postas pelo legislador?” (Bobbio, 1995, p. 144).

Resta evidente que, para os realistas, positiva será a resposta à segunda alternativa, pois consideram o direito aplicado pelos juízes como o único verdadeiro. Normas válidas, porém não aplicadas caracterizam-se, para estes, como mero *flatus vocis* (p.144).

Oportunas se fazem as palavras de Kantorowicz (apud Bobbio, 1995, p. 144) estudioso alemão que define o direito como “conjunto das regras da conduta externa, de cuja aplicação o juiz está encarregado”. Segue afirmando “que a característica do direito é ser *justiciable*, isto é, suscetível de ser aplicado por um órgão judiciário com um procedimento bem definido.” (p. 144)

A verificação da origem das correntes apontadas permite a constatação de que a escola realista nasceu e se desenvolveu nos países anglo-saxões, ou seja, na Inglaterra. Já na Alemanha, bem como demais países pertencentes à Europa continental, predomina o juspositivismo clássico.

Ressalto que o Brasil, por haver estado subjugado durante muitos anos a um país pertencente a este último grupo, qual seja Portugal, vinculou-se a esta mesma doutrina jurídica. Logo, incontestadamente, a fonte suprema de nosso país é a lei, diferentemente do que ocorre em países como os Estados Unidos, herdeiros da tradição jurídica britânica, onde reina o direito jurisprudencial, ou seja, aquele baseado em decisões já proferidas por outros magistrados.

2.4 Os três aspectos fundamentais para aplicação do positivismo jurídico

Na visão de Bobbio (1995), existem três aspectos fundamentais para a aplicação do positivismo jurídico:

[...] para poder fazer um balanço do positivismo jurídico, para poder estabelecer aquilo que dele deve ser conservado e o que deve ser

abandonado ou como se diz habitualmente quanto às doutrinas, verificar o que está vivo e o que está morto, é necessário não considerar este movimento como um bloco monolítico, mas distinguir nele alguns aspectos fundamentais diferentes (Bobbio, (1995, p. 133).

Como já indicado (item 1.2), Bobbio (1995, p. 133-134) acredita que “os sete pontos pelos quais se pode explicar o pensamento juspositivista não estão todos no mesmo plano, mas se distribuem em três planos diversos”, conforme se configura:

- a) como método para o estudo do direito;
- b) como teoria do direito;
- c) como ideologia do direito.

Segue ponderando que “estas três distinções são importantes porque a primeira acepção do positivismo jurídico não implica na segunda, a primeira e a segunda não implicam na terceira” (Bobbio, 1995, p. 234). Considera a relação entre a primeira e a segunda puramente histórica, e não lógica, pois a análise do contexto histórico social no qual viviam os estudiosos da mesma, qual seja, a Europa continental do século XIX, permite verificar que neste o Direito era produzido exclusivamente pelo Estado, fato que fundamenta a teoria juspositivista. Esta realidade não coincidia com aquela existente no mundo anglo-saxão, na qual surgiu a “teoria realista”.

Pode-se considerar, assim, que o contraste das duas correntes, sumamente positivistas, decorre da aplicação de um mesmo método a realidades jurídicas diferenciadas.

Acredita ainda que “do mesmo modo, a assunção do método e da teoria juspositivista não implica a assunção da ideologia do positivismo ético” (Bobbio, 1995, p. 234). Exemplifica isto, invocando para tanto o uso da lógica, ao afirmar que “nunca é possível extrair de um fato um juízo de valor deste, seja no plano histórico, pois a teoria juspositivista parece geralmente ligada a concepções relativistas bem distantes da concepção do Estado ético e das outras concepções éticas que comportam o princípio da obediência absoluta à lei.” (p. 234)

Invoca-se para tanto, a título de confirmação, o pensamento de Hans Kelsen que, “longe de afirmar o absolutismo ético do direito do Estado, nega-lhe diretamente a supremacia jurídica, sustentando a superioridade do direito

intencional em relação ao do Estado (com base numa ideologia pacifista, contraposta à imperialista)” (Bobbio, 1995, p. 234).

Prossegue o insigne professor:

[...] a afirmação de que a aceitação do método positivista não comporta a aceitação da teoria juspositivista e a aceitação do método e da teoria juspositivista não comporta a aceitação da ideologia juspositivista não é entretanto reversível, pois, ao contrário, a ideologia juspositivista pressupõem a teoria juspositivista e esta última pressupõe o método positivista (Bobbio, 1995, p. 234).

Considera ainda descabida a condução de uma crítica genericamente positivista, posição com a qual especialmente concordo, afirmando ser necessária a distinção dos vários autores, bem como os aspectos juspositivistas por estes enfocados.

Identifica as diferentes naturezas que podem ser alcançadas pela crítica, variando estas em relação ao aspecto do direito positivo por eles adotados. Analisa-os da seguinte maneira:

Se se toma para exame o método positivista, a crítica se funda num juízo de conveniência. De fato, o método não é senão um meio para atingir um determinado fim e, portanto, se trata de avaliar se tal meio é idôneo para atingir o fim em questão, a saber, avaliar precisamente a conveniência do próprio meio.

Se se toma para exame a teoria juspositivista, a crítica se baseia num juízo de verdade ou de falsidade, visto que a teria quer descrever a realidade e sua avaliação consiste em verificar se há correspondência entre teoria e realidade.

Se se toma para exame a ideologia juspositivista, a crítica se funda num juízo de valor, pois a ideologia não descreve a realidade, mas procura influir nesta e, portanto, da ideologia não se pode dizer que é verdadeira ou falsa, ma se deve dizer se é boa ou má (justa ou injusta, etc.); e o modo mais eficaz de criticar uma ideologia consiste em demonstrar que ela dá lugar a uma realidade contrária aos valores comumente aceitos (Bobbio, 1995, p. 234-235).

Isto posto, passa então o autor a apresentar seu pensamento pessoal sobre três aspectos do positivismo jurídico.

2.4.1 O positivismo jurídico como ideologia

Pondera o autor ser necessário diferenciar a visão auferida pelo positivismo “extremamente ético” daquela do positivismo “moderado”. As críticas antipositivistas dirigem-se, em sua maioria, ao positivismo apenas em sua versão extremista.

Em relação ao positivismo ético extremista, ressalta Bobbio (1995, p. 235) que este “muito raramente este foi sustentado coerentemente até suas extremas conseqüências pelos filósofos (mesmo na concepção convencionalista da justiça de Hobbes põe-se um limite ao dever absoluto da obediência às leis, limite representado pelo respeito ao contrato social).” Ademais, na história inexistente acordo permanente entre positivismo jurídico e positivismo ético extremista: as correntes ítalo-francesa e anglo-saxônica do positivismo jurídico são totalmente independentes dessa concepção ética.

Observa ainda que:

[...] com referência ao positivismo ético moderado é, ao contrário, historicamente correto dizer que é estreitamente conexo com o positivismo jurídico, mas neste caso são injustificadas as críticas que da extremidade jusnaturalista foram a ele dirigidas, pois a versão moderada da ideologia juspositivista não leva em absoluto à idolatria e ao totalitarismo político. Pelo contrário, estas acusações podem ser invertidas, visto que considerar a ordem, a igualdade formal e a certeza como os valores próprios do direito representa uma sustentação ideológica a favor do Estado liberal e não do Estado totalitário ou, de qualquer maneira, tirânico (Bobbio, 1995, p. 236).

Relembra a seguir que os valores supra referidos “foram reivindicados pelo movimento iluminista contra o Estado autoritário do *Ancien Régime*, e foram realizados pelo Estado liberal-democrático do século XIX.” (Bobbio, 1995, p. 236)

Um dos aspectos que, a meu ver, constitui forte instrumento de defesa da doutrina juspositivista, decorre de uma análise histórica, na qual é possível verificar o repúdio nazista ao princípio juspositivista (segundo o qual o juiz deve decidir exclusivamente com base na lei), pois este sustentava a tese de que o juiz deve: “decidir com base no interesse público do Estado (em particular, em oposição ao princípio *nullum crimen, nula poena sine lege*, a ideologia nazista sustentava que deveriam ser considerados como delitos todos os atos contrários ao “são sentimento popular” – *gesundes Volksempfinden* – mesmo se não previstos como crime pela lei).” (Bobbio, 1995, p. 236)

Acrescenta oportunadamente o estudioso:

[...] especialmente na Itália, o princípio da legalidade – segundo o qual o direito deve fundar-se na lei, isto é, em normas gerais e abstratas e não em comandos individuais, princípio que já o pensamento grego considerava como próprio da democracia, definida exatamente como governo de leis em contraposição ao governo dos homens – é reivindicado pelos juspositivistas (por exemplo Calamandrei) não para sustentar o fascismo, mas para opor um obstáculo às suas arbitrariedades. Dizer que a lei deve ser obedecida significava, sob o regime passado, a liberdade individual lesada pelos abusos do poder político, que não respeitava a lei (já que o dever de obedecer à lei diz respeito não só aos cidadãos, mas também aos órgãos do Estado) (Bobbio, 1995, p. 236).

2.4.2 O positivismo jurídico como teoria

Elenca Bobbio (1995) seis concepções fundamentais que embasam a teoria do juspositivismo, lembrando que todas estas foram submetidas à crítica, com a formulação de outro tanto de antiteorias; portanto, foram negadas:

- a) - teoria coativa do direito;
 - teoria legislativa do direito;
 - teoria imperativa do direito;

- b) - teoria da coerência do ordenamento jurídico;
 - teoria da completitude do ordenamento jurídico;
 - teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito.

Sustenta a inconsistência das teorias elencadas no item “a”, motivo pelo qual considera a essência destas intacta, embora inúmeras as objeções a elas dirigidas.

Verifica, não obstante, fundamento nas críticas atribuídas às teoria descritas no item “b”, reconhecendo-as, averbando inclusive ponderações sábias a estas, as quais ora transcrevo:

- a) um ordenamento jurídico não é necessariamente coerente, porque podem coexistir no âmbito do mesmo ordenamento duas normas incompatíveis e serem ambas válidas (a compatibilidade não é um critério de validade);
- b) um ordenamento jurídico não é necessariamente completo, porque a completitude deriva da norma geral exclusiva, ou norma de clausura, que na maior parte dos casos – excluído o direito penal, não existe;
- c) a interpretação do direito feita pelo juiz não consiste jamais na simples aplicação da lei com base num procedimento puramente lógico. Mesmo que disso não se dê conta, para chegar à decisão a lei deve sempre introduzir

avaliações pessoais, fazer escolhas que estão vinculadas ao sistema jurídico que ele deve aplicar (Bobbio, 1995, p. 237).

Entende ainda que as três primeiras e as três últimas concepções não têm a mesma importância no tema da teoria juspositivista. Considera as três primeiras pontos basilares, relegando a segundo plano a importância dispensada às três últimas.

Diferencia assim “a teoria juspositivista em sentido estrito e a teoria juspositivista em sentido amplo, em conformidade com as quais se reúnem integralmente todas essas seis concepções, se não se reúnem apenas as três primeiras” (Bobbio, 1995, p. 237).

2.4.3 O positivismo jurídico como método

Sobre tal aspecto, entende Bobbio (1995, p. 238) serem breves as considerações necessárias. Discorre, assim, que “como a ciência consiste na descrição avaliatória da realidade, o método positivista é pura e simplesmente o método científico e, portanto, é necessário adotá-lo se se quer fazer ciência jurídica ou teoria do direito. Se não for adotado, não se fará ciência, mas filosofia ou ideologia do direito.”

Sumarizando, o estudioso afirma:

[...] dos três aspectos nos quais se pode distinguir o positivismo jurídico, me disponho a acolher totalmente o método; no que diz respeito à teoria, aceitarei o positivismo em sentido amplo e repelirei o positivismo em sentido estrito; no que concerne à ideologia, embora seja contrário à visão do positivismo ético, sou favorável, em tempos normais, à versão fraca ou positivismo moderado (Bobbio, 1995, p. 238).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ora retomo, para fins de melhor elucidação das considerações que seguem, as hipóteses levantadas quando do início desta análise, utilizando-me inclusive de anotações de aula (Pereira, 2004).

A visão que detinha de que o juspositivismo qualifica-se como ineficiente, ultrapassado, não correspondendo por conseguinte às expectativas da sociedade, haja vista não acompanhar o desenvolvimento desta, sofreu plúrimas alterações.

A presente análise bibliográfica, constante especialmente a partir da percepção de Norberto Bobbio acerca do juspositivismo, permite a exposição das ponderações que seguem.

Percebe-se, desde o início de sua em análise, que o estudioso supra mencionado acolhe a posição do “positivismo moderado”, desvinculando-se do “positivismo radicalmente ético”, corrente geradora da polêmica divisora de águas entre operadores jurídicos, justificadora de minha opção pelo tema em tela.

A adoção da referida linha de pensamento pelo autor permite àqueles que buscam compreender a filosofia juspositivista o rompimento de alguns preconceitos acerca da questão, posto que o insigne estudioso expõe a interface do assunto. Esta imagem qualifica-se como divergente daquela geralmente exposta aos acadêmicos, segundo a qual o tema deva ser apreciado e aplicado com ressalvas e cautela, ensejando, assim, um repúdio *a priori* pela doutrina em foco em grande parte dos futuros operadores do Direito, desestimulando, conseqüentemente, o interesse que estes pudessem vir a manifestar em aprofundarem-se no estudo do assunto.

Cabe neste momento a indagação acerca de tal situação: qual fator estimula a dissipação da concepção predominante sobre a teoria, ou seja, a de rejeitá-la? Ou ainda, por que motivo apenas esta visão é apresentada aos alunos (ou, pelo menos, apresentada com mais ênfase), perenizando, desta forma, o entendimento unilateral, monista, acerca da matéria?

A análise histórica permite verificar que o juspositivismo surgiu impulsionado pela doutrina canônica, em meados do século XII, que buscava a centralização do poder, motivo pelo qual defendia a investidura exclusiva deste na imagem do Soberano, responsável pela criação do Direito formal. Ouso conjecturar que tal posição era adotada pela Igreja por esta visar a garantir sua própria soberania sobre o povo, visto que a pessoa investida estaria subjugada ao poderio canônico, amparando, assim, juridicamente, as atrocidades cometidas pelo clero, tradicionais do período inquisitorial.

Isto posto, torna-se compreensível o refutamento da teoria, principalmente por uma sociedade que se empenhou arduamente em libertar-se das amarras da Inquisição, buscando afastar grande parte da doutrina por ela imposta naquele período.

Entretanto, é descabido olvidar do repúdio nazista pelo juspositivismo, eis que sustentava que o juiz deveria decidir “com base no interesse público do Estado”, e não segundo regras predispostas, ou seja, decidir através de um juízo de conveniência, bem como arbitral (afinal, quem era apto para decidir sobre qual seria o “interesse público”?). Ademais, tal disposição fere totalmente o “princípio da legalidade”, tradicional em nosso ordenamento. Entendo, desta forma, como extremamente perigoso ao corpo social, bem como aos cidadãos como indivíduos, o total afastamento da força imperiosa da lei. Ante o exposto, indaga-se: poderia qualificar-se como ideal o entendimento nazista, pois contrário ao juspositivismo?

Verifica-se que a adoção absoluta da teoria, bem como seu repúdio total geram graves patologias sociais. Por que, então, a opção atualmente vigente pelo repúdio? Haveriam sido as seqüelas inquisitoriais mais profundas que as nazistas?

Enfocando ora no objeto da pesquisa, afirmo primeiramente que esta permitiu a constatação da existência de uma teoria de estudo do Direito contemporâneo, denominada “realista”, considerada pertencente ao juspositivismo, porém com algumas concepções diversas deste, motivo pelo qual se diferenciam *in stricto sensu*.

As definições apresentadas por esta corrente lograram obter grande influência na alteração de meu posicionamento pessoal acerca do tema em apreciação, conforme verifica-se ao longo da presente exposição. Considero a doutrina desta menos radical e melhor adequada à atualidade, visto que introduz o requisito da eficácia no Direito, não permanecendo adstrita ao da validade, como o faz sua ascendente.

O juspositivismo era inicialmente considerado por mim como ineficiente, por não ser capaz de dirimir os complexos conflitos da sociedade contemporânea. Refuto ora tal hipótese, porém fazendo constar algumas ressalvas.

Se analisarmos as fontes do Direito aceitas pelo juspositivismo, constataremos que a única por este aceita com legítima é a lei. Entretanto, adentrando-se em um regresso às origens da criação do dispositivo legal, buscando suas fontes e fundamentos, indaga-se: o que leva à criação destes mandamentos, qual embasamento destes? A meu ver, são resultados das peculiaridades de cada nação, das necessidades, anseios e costumes da população.

Neste ponto, entendo a positivação das normas como algo honorável, pois garante ao Estado o poder de coação em relação aos que as desrespeitam, bem como constitui instrumento da cidadania, pelo qual a população conhece seus direitos (e deveres) e pode exigí-los, visto que estes se apresentam formalizados, escritos, postos, não restando dúvida acerca de sua validade.

O aumento da complexidade social gera multiplicação de interesses. Se em caso de conflito a lide fosse posta à apreciação de juízo arbitral, estaríamos então adentrando em um regresso histórico, pois, ao analisarmos fatos passados, verificamos que a primeira codificação da humanidade, qual seja, o Código de Hamurábi, representou a cisão no paradigma do poder absoluto e transcendental do soberano, visto que ensejava o cumprimento das regras também por este, inexistindo a permissiva de ditá-las casuisticamente, por meio de um juízo de conveniência. Ademais, é preceito moderno para a produção de normas que estas apresentem caráter genérico, universal e abstrato, advindo destes o tradicional brocardo jurídico “a lei é para todos”, ou seja, não visa (ou pelo menos não deveria visar) a regular casos ou indivíduos determinados, possuindo, portanto, efeito *erga omnes*.

Assim, constato a eficiência das regras positivadas no fato de elas se estenderem a todos, esclarecendo direitos e deveres do cidadão, buscando não deixar dúvida acerca da conduta socialmente almejada, evitando, desta forma, um mero juizado arbitral e de conveniência.

Questiono, não obstante, a eficácia das normas que desrespeitam os preceitos referidos, buscando privilegiar interesses específicos e minoritários em detrimento dos genéricos, distanciando-se do real objeto do Direito: o bem comum, o bem de toda uma sociedade. Felizmente, a meu ver, pode-se afirmar que a

existência destas normas, que não coadunam com os preceitos magnos do sistema jurídico, constitui exceção em nosso ordenamento.

Seria a existência destes regramentos distorcidos uma patologia da ciência de Themis? Poderiam tais enunciados ser realmente considerados “normas jurídicas”, em seu conceito fundamental, mesmo desrespeitando os objetivos visados pelo Direito? E mais, teriam estas, além de eficácia, validade? Resta a indagação...

Levantei ainda, quando do início da presente produção, a hipótese de o juspositivismo ser considerado uma ciência ultrapassada. Ora, improcedo na continuidade de defesa desta postulação por entender que não se qualifica como próspera.

O juspositivismo, conforme anteriormente mencionado, considera o Direito posto como fonte jurídica verdadeira. Através da análise de produções legislativas do nosso ordenamento, que visam a reger genericamente o sistema vigente (por exemplo, a LICC - Lei de Introdução ao Código Civil), resta evidente que o entendimento juspositivista de supremacia legal (escrita e posta) é o mesmo que o adotado por todo sistema jurídico brasileiro vigente.

Quanto à permissiva de utilização da analogia, costumes e princípios gerais do Direito no proferimento de mérito, tarefa inerente ao magistrado, esta está relegada a segundo plano, imperando as disposições formalizadas. Não afirmo, entretanto, serem estas outras vias de convencimento menos importantes. Inegável é o fato de que os princípios são importantíssimos, tanto que chegam a nortear, desde o início, as fases do processo legislativo. A própria Constituição Federal de 1988, que é a Lei Maior do país, abarca inúmeros destes princípios, praticamente esgotando-os, fornecendo-lhes, assim, força legal. O mesmo ocorre com os costumes: inúmeras são as disposições promulgadas em virtude da formalização de um costume.

O que postulo, entretanto, é a supremacia da produção legislativa, a qual envolve inúmeros debates sobre a matéria tratada até sua efetiva conclusão, buscando respeitar princípios magnos e anseios sociais, sendo produto da razão humana, e não de meros “achismos” ou convencimentos aleatórios, bem como do

sentimentalismo exacerbado, sabidamente efêmero. O Direito posto caracteriza-se como muito mais completo e duradouro.

Assim, não mais vejo o positivismo jurídico como ciência ultrapassada. A lei continua sendo realmente a fonte de Direito maior do país, havendo sua produção evoluído imensamente em matéria de fundamento e conteúdo. A supremacia legal se faz atualmente indispensável, pois creio que sua ausência, nesta época de incertezas e transformações, denominada por alguns como Pós-moderna, acarretaria o caos geral, situação que a mim gera temor.

Não ousa, entretanto, defender a atualidade dos mandamentos que não visam ao objeto do Direito, inegavelmente existentes, por privilegiarem apenas um pequeno grupo e não o social. Seriam estas fruto de um regresso no desenvolvimento jurídico ou de uma nova era, a pós-modernidade, justificando seus pontos basilares na afirmação do renascimento das minorias?

Estaria ciência jurídica fadada a adentrar na era pós-moderna, fator justificador da produção de normas, tidas, a meu ver, como descabidas, consoante supradito? Ou seriam estas regras apenas tumores sociais nesta fase desenvolvimentista que se inicia na modernidade?

Com relação ao meu original entendimento de que os dispositivos formalizados não se atualizam com a celeridade necessária, a fim de que correspondam às expectativas da sociedade, o mantenho, porém vislumbrando este através de um panorama diferenciado.

É certo que os trâmites que precedem a efetiva entrada em vigor de uma norma são extremamente morosos. Entre estes, temos as fases meramente burocráticas, porém também aquela que envolve a discussão do conteúdo a ser regido, para lograr a obtenção da orientação o mais adequada possível aos anseios da sociedade, *lato sensu*.

A meu ver, este estudo minimalista acerca do conteúdo apreciado, com exposição de idéias bem como de possíveis dúvidas e contradições, realizado pelos legisladores (representantes do povo), é indispensável para que o dispositivo mandamental se aproxime ao máximo das expectativas do bem comum.

Assim, reconheço a criticada morosidade referida, porém acredito como positiva a acautelada a posição juspositivista quando considera a prescrição legal fonte suprema, mesmo que esta se apresente para determinados casos concretos como tardia.

A lei, logicamente, não precede a realização de um fato inédito, tampouco produzindo-se incontinenti à sua efetivação. Não obstante, quando a norma surge, esta advém de virtudes exclusivamente humanas, quais sejam, razão e emoção (neste último, referindo-me aos anseios e expectativas), em virtude do que, a longo prazo, não restará dúvida quanto ao posicionamento jurídico vigente.

Ademais, a positivação de princípios gerais do Direito (que constituem normas extremamente genéricas e orientadoras), tanto pela Constituição Federal como pelas legislações ordinárias, vincula a eles força de legal, permitindo conseqüentemente sua aplicação em qualquer lide posta à apreciação do Judiciário, porém apresentando força ainda maior naquelas que ainda não foram reguladas por constituírem situação nova, ainda não amparada juridicamente, mas que serão futuramente analisadas com maior especificidade pelo ordenamento.

É evidente que a visão supradita não condiz com o positivismo “extremamente ético”, mas coaduna com a corrente “moderada”, a qual, como já afirmado anteriormente, permitiu a alteração de minha concepção original acerca do assunto, deslocando-se esta do repúdio praticamente total para a aceitação, cabendo a esta, porém, certas considerações como as anteriormente apontadas.

Questiono-me, entretanto, se esta corrente com visão moderada constitui evolução da corrente tradicionalmente positivista, visando ao aprimoramento, ou seria mera deturpação dela, não merecendo portanto a ela pertencer? Poderia qualificar-se como tentativa de adequação do juspositivismo à sociedade contemporânea, denominada por alguns como “pós moderna”?

Plúrimas são as dúvidas que advêm quando da realização de um estudo aprofundado sobre a questão, impossibilitado, entretanto, arrolamento de todas, posto que apresentam-se quase como inesgotáveis, visto que surgem da vasta imaginação humana. Acosto ora as que mais me instigam, imaginando serem estas coincidentes com aquelas apresentadas pela maioria dos que adentram no universo

jurídico. Descabido se faz o fornecimento de respostas, pois o objetivo desta análise é justamente angariar questionamentos, visando, assim, à germinação de interesse sobre o assunto, possibilitando maior conhecimento sobre o tema inerente a todos nós, principalmente enquanto estudantes e futuros operadores da ciência jurídica.

Tenho por certo que o Direito, buscando o bem social, possui como melhor ferramenta de coação, garantidora de seu objetivo, a lei. A multiplicidade de interesses da sociedade contemporânea necessita de uma orientação mínima que declare comportamentos aceitáveis e rejeitáveis. Dificilmente o juspositivismo, bem como o Direito como ordenamento, agrada a todos cidadãos individualmente. Entendo, não obstante, que esta ciência deva buscar o melhor para o corpo social, logicamente sem renegar nossa individualidade mínima, pois do contrário, adentraria em jornada eterna na busca pela perfeição, caracterizando-se como utopia, ou mera ideologia de Direito.

Afirmo que, caso algum dos apreciadores da presente pesquisa discorde totalmente das argumentações por mim postuladas, apresentando *in contrario sensu* alegações plausíveis e fundamentadas como as que ora exponho, pode-se ter por logrado o objetivo desta, qual seja, despertar atitude crítica frente ao tema. Da mesma forma, este será alcançado se permitir a desvinculação de uma visão singular e restrita sobre o assunto.

Isto posto, encerro a transcrição de minhas considerações, porém estas permanecem multiplicando-se em meu consciente. Como já afirmado, não se buscam respostas, mas sim enriquecer a mente e o espírito através do filosofar. Insignes, portanto, se fazem as palavras de Kant (filósofo alemão do séc. XVI) quando afirma: *“não há filosofia que se possa aprender; só se pode aprender a filosofar”*

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Jusnaturalismo e Juspositivismo Jurídico**: as primas-irmãs da Modernidade. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 3 set. 2004.

FRANZOLIN, Ivan. **Dicionário auxiliar do comunicador**. Disponível em: <<http://www.espirito.org.br>>. Acesso em: 15 out. 2004.

PEREIRA, Vilmar. **Filosofia geral**. Univates, 2º semestre 2004, Curso de Direito, anotações de aula, não publicadas.