

A norma jurídica: as construções do positivismo e do pós-positivismo

Andrea Azevedo Pinho

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – Uniceub, Bolsista em projeto de iniciação científica do CNPq, orientada pelo Professor Doutor Marcelo Dias Varella

Resumo: O presente artigo analisa o conceito de norma jurídica no âmbito do direito internacional tendo como base a corrente jurídica do Pós-Positivismo, em especial a noção de norma fundamental. Observa-se no corpo do trabalho a presença de teorias das relações internacionais e apresentam-se diferentes perspectivas de análise.

Palavras-chave: Positivismo, pós-positivismo, Direito internacional, ordem normativa, discurso jurídico, relações internacionais.

Sumário: 1 A norma jurídica e o positivismo - 2 A norma jurídica e o pós-positivismo - 3 Direito internacional – Referências – Notas explicativas

Para o estudo do Direito Internacional, a análise do conceito de norma jurídica é imprescindível. A partir do estudo da norma jurídica na teoria do Direito, podemos desenvolver uma temática mais acurada nas pesquisas em Direito Internacional. A partir da relação entre os conceitos jurídicos principais e as teorias das relações internacionais, diferentes perspectivas de análise se tornam mais claras e mais relevantes.

Conceito chave nas diversas concepções do direito, a norma jurídica é um padrão de conduta social, uma proposição, mas que também pode ser vista como prescrição, disciplinamento de uma conduta, ou mesmo comunicação, troca de mensagens entre seres humanos para que seja possível a convivência desses em sociedade.¹ O grau de institucionalização é o que garante às normas a característica da juridicidade, concretizando relações de autoridade.

No estudo sobre a norma, seguem-se cinco temas os quais são essenciais para a compreensão de tal fenômeno no discurso jurídico: existência, validade, vigência, eficácia e efetividade. Das frentes mais conservadoras do positivismo jurídico até as correntes contemporâneas, ligadas, sobretudo, a filosofia analítica, podemos buscar por meio desses conceitos fundamentos que nos permitam compreender melhor os discursos do Direito.

Logo, é necessária uma análise que permita deixar claros os pressupostos teóricos dos autores, buscando, a partir de então, uma compreensão dos conceitos em seus contextos. De início, como corrente principal do direito desde o início do século, uma análise à luz do positivismo jurídico é mais pertinente. Fixados os pressupostos mais importantes, segue-se a análise do conceito de norma pelas correntes pós-positivistas do direito.

1 A norma jurídica e o positivismo

O discurso positivista tem como base as idéias democráticas refletidas na teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu. Cabe, nesse sentido, ao poder legislativo, expressando a vontade do povo, criar normas, pondo-as frente a uma convenção social que expressa a aceitação. A função do juiz é simplesmente aplicá-las, ensejando então a

segurança necessária à manutenção da ordem na sociedade. No contexto histórico do positivismo, a ordem burguesa².

A teoria pura do direito, de Hans KELSEN, é a obra mais notória da corrente do positivismo normativista. Ela sustenta a idéia de que a ciência do direito deveria estudar apenas as normas positivadas, longe de considerações políticas, sociológicas ou de qualquer outro ramo do conhecimento humano. O formalismo das premissas do direito toma corpo no discurso kelseniano³.

Nesse mesmo autor encontramos notória construção sobre a validade das normas jurídicas. A validade, segundo o autor, é limitada à conduta do indivíduo, e são condutas que a norma deve fixar. A conduta é a essência do que é normatizado; dentro da perspectiva kantiana do dever ser como intervenção na realidade baseada na prescrição, essa estrutura tem base na separação entre o deontológico, o dever-ser expresso pela norma, e o fático, o ser, parte da realidade descritível⁴.

É a norma fundamental que estabelece a validade de uma ordem normativa, numa ordem relacional de subordinação. Ela representa a unidade da pluralidade das normas, e como última delas e mais elevada, é pressuposto de autoridade – impessoal e anônima - que então permite às demais normas serem postas. A norma fundamental não estabelece um conteúdo próprio para que sejam válidas essas demais normas que a partir dela serão postas.

É a forma, e não o conteúdo que define a possibilidade de interpretar os fatos objetivamente enquanto normas. O conteúdo da norma que constitui o ponto de partida da ordem jurídica não pode ser deduzido como norma fundamental, de forma estática. A norma fundamental deve instituir-se como fato produtor de normas de diferentes conteúdos – seja por meio da atribuição de poder legiferante ou regramento sobre como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento.⁵

KELSEN, a partir dessa premissa, designa essa norma como constituição em sentido lógico-jurídico, ou seja, a norma fundamental como a norma que:

é pressuposta quando o costume, através do qual a constituição surgiu, ou quando os atos constituintes postos conscientemente por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como fatos produtores de normas – é a instauração do fato fundamental da criação jurídica⁶.

Cabe ressaltar o sentido pelo qual a norma fundamental é pressuposta e não posta. A condição lógico-transcendental, ou seja, de fora da dimensão fática, dessa construção permite a interpretação das normas objetivamente válidas a partir das prescrições da Constituição, cuja validade não é posta em questão⁷. Essa premissa também garante que a validade esteja afastada da experiência social, limitando sua análise aos requisitos formais da norma.

O jurista brasileiro Pontes de MIRANDA, seguindo ainda a linha do pensamento positivista, associa diretamente o conceito de validade ao de eficácia. Sua análise estabelece que o

ordenamento jurídico só atribui validade ao ato jurídico que corresponde a suporte fático que seja suficiente e eficiente⁸.

O autor afirma que cabe ao ato jurídico válido estar estabelecido sobre três pressupostos: consentimento do sujeito - ou sujeitos - do ato jurídico; objeto lícito e elementos que levem em conta a forma externa e interna desde ato, em conformidade com o estabelecido na lei. No caso do direito público, para a validade dos atos, temos a noção de vontade do sujeito substituída pela competência do agente, resistindo ainda a idéia de forma adequada e da licitude do ato⁹.

Nessas circunstâncias, ser suficiente indica que os pressupostos de validade formais estão em sua plenitude assumidos como pertinentes à entrada no mundo jurídico, ou seja, à existência do ato, naquele momento específico. O ser, existir, resulta na incidência de regra jurídica sobre suporte fático suficiente. Ele existe, mas pode ser ou não válido. Nesse ponto, surge a relação entre existência, validade e eficácia, na figura da nulidade e da anulabilidade dos atos jurídicos¹⁰.

Entre validade e eficácia, pode-se dizer que o defeito em um ato jurídico não se confunde com a impossibilidade desse de gerar efeitos. Enquanto a validade se refere ao momento em que o suporte fático se torna ato jurídico, a eficácia será a produção da juridicidade desse mesmo fato¹¹.

Atos eficazes são aqueles que são aptos a produzir efeitos, por definição, capazes de atingir a finalidade para a qual foram gerados. A eficácia é qualidade da conduta efetiva dos homens, enquanto a validade se refere a uma qualidade do direito¹². Uma se encontra no mundo fático, a outra, é uma característica deontológica.

Como expõe KELSEN, a eficácia é condição da validade, mas é por ela condicionada, no sentido de estabelecer que o agir eficazmente, para ser válido, deve estar de acordo com aquela norma fundamental, no caso de norma singular. Uma Constituição efetivamente posta e globalmente eficaz diz respeito ao ordenamento como um todo, e aqui temos, necessariamente, que a validade do ordenamento está ligada à eficácia da ordem jurídica. Se a Constituição perde sua eficácia, a ordem jurídica que nela se apóia perde, inevitavelmente, a validade.¹³

A eficácia é a irradiação do fato jurídico no espaço e no tempo, que sucede a incidência da regra jurídica, mas não limita a possibilidade dessa de ser produzida antes ou desde antes da incidência, ou da própria elaboração da regra sobre a qual ela incide. A eficácia tem um pelo menos um efeito mínimo em todos os atos jurídicos: a vinculação dos que praticam os atos a uma norma jurídica, pelo até quando se revogue o ato¹⁴.

A ineficácia distingue do nulo, que é o que não tem efeitos. O que é nulo se refere a um suporte fático que, com déficit, entrou no mundo jurídico. O anulável, por sua vez, também está em déficit com o suporte fático, mas tem eficácia. A questão gira em torno, afinal, da validade, pois ambos são inválidos. O ato nulo é desconstituível enquanto ato jurídico, e pode-se declará-lo inválido *ex nunc*. O ato anulável extingue, dali em diante, o ato jurídico viciado, cessando *ex tunc*, assim, seus efeitos¹⁵.

A questão da vigência surge juntamente com a análise sobre a existência da norma. A existência específica da norma e a vigência propriamente dita dela não se confundem com o ato de vontade que a constituiu. Como explicita KELSEN, “a norma pode ser vigente quando o ato de vontade de que ela constitui o sentido já não existe”¹⁶. A vigência ainda está no plano do dever-ser, sendo então distinta ainda da questão da eficácia. Todavia, assim como na relação entre validade e eficácia, um mínimo dessa é condição para a vigência da norma.

A vigência, segundo Tércio Sampaio FERRAZ Junior, demarca o tempo de validade de uma norma, estabelecendo que ela já pode ser invocada para produzir efeitos. O autor ainda esclarece a diferença entre vigência e vigor de uma norma. O vigor determina a força de comando, baseada no vínculo a ele, não necessariamente ligada vigência, no sentido de ser válida, no plano do dever-ser¹⁷.

A efetividade é o passo para além do mundo jurídico, sendo a realização do direito no desempenho concreto de sua função social. Diferindo da eficácia jurídica, é a efetivação do comando normativo na sociedade, mas depende ainda dessa característica formal para incidir e reger as situações concretas, desenvolvendo os efeitos que lhe são atribuídos¹⁸.

Nesse sentido, ela é o resultado do cumprimento espontâneo da norma. A coação é necessária quando essa vai contra as tendências prevaletentes na sociedade, contra interesses particulares poderosos ou sentimentos sociais arraigados. A sanção é a garantia de eficácia, permitindo que o Direito se realize de acordo com suas premissas e acima desses interesses.¹⁹

2 A norma jurídica e o pós-positivismo

Corrente influente até hoje no meio jurídico, o positivismo não fica a salvo de críticas e questionamentos. Desde o início do século XX, com as grandes guerras mundiais, revoluções e regimes totalitários, houve a necessidade de buscar transcender os limites formalistas do positivismo jurídico e considerar tanto aspectos da realidade como revisitar os aspectos axiomáticos da construção do direito.

O direito deveria ser refletido a partir de sua função na sociedade, a partir de princípios e regras que trouxessem, mais uma vez, as discussões sobre valores supra-positivos enquanto base da unidade do sistema jurídico. O constitucionalismo moderno e a teoria dos direitos fundamentais são reflexos dessa virada teórica no estudo do direito.

Em resposta às construções do positivismo normativista, surgem diversas correntes que assumirão o estudo das normas jurídicas a partir de premissas que levarão em consideração outros fenômenos sociais que influenciam diretamente na forma como os operadores do direito entendem e trabalham essas normas. Indo além das limitações que o cientificismo dessa teoria impõe, a partir de outras perspectivas filosóficas e epistemológicas, busca-se o reconhecimento de valores comuns da sociedade.

Como podemos perceber, todo o estudo sobre a norma sob uma ótica positivista define as questões que vem a surgir sob a premissa da validade: a eficácia, a vigência, sobretudo. E é justamente sob esse ponto central que as correntes pós-positivistas do direito discutem e divergem do pensamento positivista-normativista.

O jurista americano Ronald DWORKIN trabalha com uma perspectiva do direito enquanto acordo pré-interpretativo sobre quais práticas sociais serão consideradas jurídicas numa dada comunidade, e que essas devem ser interpretadas a partir dos princípios fundamentais eleitos pela comunidade como os seus. Esse processo de desenvolvimento, construtivo, deve adequar esses princípios coerentemente a essa interpretação do direito.

Assim, ele busca criticar o positivismo a partir da idéia de que o direito vai além de um sistema de regras baseado num teste fundamental, nos levando a deixar de lado aspectos importantes dos padrões da realidade que não são regras, mas princípios, políticas e outros tipos de padrões²⁰. Ele argumenta que as limitações das regras estão em sua natureza lógica, baseada na validade, que ou as inclui imediatamente no mundo jurídico ou as exclui dessa sem que em nada mais elas possam contribuir às decisões tomadas pelos juízes.

Os princípios, termo que DWORKIN utiliza para designar padrões que não são regras em sentido geral, não se encaixam nessa lógica automática da validade. Eles funcionam como caminhos argumentativos, os quais os juízes levam ou não em conta no momento da decisão, considerando a importância da força relativa de cada um desses princípios envolvidos quando se toma a decisão num dado sistema legal. Seguindo essa linha de argumentação, o autor busca justamente mostrar como os princípios não podem ser submetidos a um teste de validade num modelo positivista.²¹

Fortemente influenciado pela doutrina liberal, um dos autores que também critica a noção de validade da norma baseada num teste formal estabelecido por uma norma fundamental é o filósofo também americano John RAWLS. O autor desenvolve seu argumento a partir da idéia de justiça como pressuposto da validade.

Para RAWLS, a justiça é a primeira virtude das instituições sociais. É a partir de uma concepção partilhada de justiça que se conforma uma carta fundamental para uma associação humana bem ordenada, onde os indivíduos, limitados pelo desejo geral de justiça, não mais estariam compelidos a realizar cálculos sobre interesses sociais. As concepções de justiça especificariam direitos e deveres básicos e determinariam as partes distributivas apropriadas na sociedade.²²

Baseando-se nas premissas contratualistas, o autor desenvolve uma abstração da realidade das comunidades de indivíduos para explicitar sua teoria da justiça. Cobertos pelo “véu da ignorância”, os indivíduos escolhem seus princípios de justiça – que então serão estabelecidos no contrato – a partir de um consenso equitativo.

Esse véu lança-os numa condição de igualdade, onde nenhum deles conhece sua característica na sociedade ou suas concepções no momento do acordo, evitando, assim, que eles favoreçam, nessa escolha, a sua condição em particular. Assim, o autor parte da justiça como equidade como o primeiro passo para que se estabeleça um contrato, um acordo acerca das concepções a serem adotadas, nesse caso, em referência à justiça²³.

A justiça que se procura nessa construção é a justiça social, que determina a estrutura básica da sociedade. Essa estrutura é a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes, em termos políticos e econômicos, “distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social”.²⁴

Dentre as perspectivas vistas até aqui, percebemos que a estrutura dos discursos caminhou das vertentes mais fechadas do direito até enfoques que tratam as normas para além do que é propriamente juridicizado. Baseadas na idéia da norma jurídica como objeto por excelência de uma ciência jurídica pura, esses enfoques mostram que o que há para além do direito como norma também influi na tomada de decisões e na construção dos discursos do direito, como os princípios e as teorias da justiça.

Nesse contexto, cabe ainda apresentar um dos autores mais heterodoxos do campo da filosofia e sociologia do direito, o alemão Jürgen HABERMAS, e os efeitos de sua teoria do agir comunicativo sobre a concepção de validade do direito.

Trabalhando para além da idéia de razão prática e razão teórica da filosofia aristotélica e kantiana, HABERMAS estabelece um outro tipo de razão, a comunicativa. Essa razão está baseada na substituição da pretensão da razão prática de orientar o indivíduo em seu agir – com o direito natural configurando normativamente a ordem política e social – por uma razão mediada pela linguagem, onde a comunicação entre os indivíduos e o entendimento é possível por meio da interação, intersubjetivamente²⁵.

A validade jurídica, em HABERMAS, é kantiana: tratada como uma relação estabilizadora entre facticidade e validade. Essa relação é expressa pela facticidade enquanto imposição do direito pelo Estado e pela validade enquanto processo de normatização do direito, garantidor da liberdade. Essa perspectiva une a necessidade da coerção à moralidade e a uma validade das normas baseada no respeito que evoca a idéia de liberdade, pela a qual aceitamos que normas estipulem ordenamentos²⁶.

O autor fala ainda na validade social das normas de direito, ou seja, o grau em que essa consegue se impor, por sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito. O argumento do autor passa pela afirmação de que a normatização se apóia sobre uma facticidade artificial, baseada nas ameaças de sanção que o direito estipula e que suas instituições impõem.

Assim, a legitimidade, para o autor, não depende do fato dessa regra ter conseguido ou não se impor. A suposição da legitimidade é onde se busca apoio para a validade dessas normas. A validade jurídica, então, garante apenas duas premissas: a da legalidade do comportamento, a partir de sanções, quando necessárias, e a legitimidade da norma, estabelecida pela obediência aos termos da lei – baseada na liberdade²⁷.

3 Direito internacional

Na perspectiva do direito internacional, é grande a dificuldade de estabelecer a noção de uma norma fundamental e única para que se estabeleça uma ordem jurídica que possibilite os testes de validação das teorias positivistas. Por isso mesmo, as modernas teorias do direito, que caminham juntamente com as novas construções epistemológicas das ciências sociais, parecem oferecer um instrumental muito mais pertinente ao estudo do complexo panorama do direito internacional.

A análise do direito internacional a partir dessas teorias pós-positivistas leva, necessariamente, a uma análise mais acurada dos temas que perpassam a agenda de pesquisa das relações internacionais. Essas análises têm importância crucial no desenvolvimento do estudo do direito dentro dessa sociedade assaz complexa.

Apesar de convencionarmos chamar essas interações como internacionais, sabemos que elas vão além de um estudo que considere apenas as relações que se estabelecem entre Estados. Devemos buscar, assim, uma compreensão mais ampla do direito internacional na sociedade contemporânea, a partir de pressupostos que estejam mais próximos de suas estruturas políticas e sociais.

Abstract: The present article analyzes the concept of law in the scope of international law, having as a background the theory of Pós-Positivism, specially the notion of basic norm. There can be found, in this article, international affairs' theories and different perspectives of the theme.

Keywords: Positivism, Pos-Positivism, International law, law, international affairs

Notas explicativas

(1) FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988. p. 100.

(2) COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução ao direito:** uma perspectiva zetética das ciências jurídicas. Porto Alegre: Sergio Antonio, 2001. p.271.

(3) COSTA, op. cit., p.276.

(4) Essa diferenciação é a base para que se estruture, no direito, a noção de imputação substituindo o conceito de causalidade no estudo das relações jurídicas, que tem por sentido esclarecer que as conseqüências ligadas ao direito e a norma enquanto mediadora estão não num plano fático, mas num plano deontológico. Para mais, ver KELSEN, Teoria pura do direito, p.86 e KELSEN, Teoria geral do direito e do estado, p.133.

(5) KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 219.

(6) KELSEN, op. cit., p.222.

(7) Para mais sobre a pressuposição da norma fundamental a partir da teoria kantiana do conhecimento e o silogismo do que se utiliza Kelsen nessa explicação, ver KELSEN, Teoria pura do direito, p. 226.

(8) MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** Campinas: Bookseller, 2000, v. iv, p. 35.

(9) BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p.83.

(10) MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** Campinas: Bookseller, 2000. v. iv, p.36.

(11) MIRANDA, op. cit, v. iv, p.49.

(12) KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.55.

- (13) ————. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.236.
- (14) MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. v. v, p.33 e 38.
- (15) MIRANDA, op. cit, v. v, p.64 e 72.
- (16) KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.11.
- (17) FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1988. p.180.
- (18) BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p.84.
- (19) BARROSO, Luis Roberto. op. cit., p.85.
- (20) DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.36.
- (21) DWORKIN, op. cit., p.58.
- (22) RAWLS, Jonh. **Uma teoria da justiça**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.3.
- (23) RAWLS, op. cit., p.17.
- (24) RAWLS, op. cit., p.13.
- (25) HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. i, p.20.
- (26) HABERMAS, op. cit., p.49.
- (27) HABERMAS, op. cit., p.50.

Referências

- BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução ao direito: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1988.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. i.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. v. iv – v.

RAWLS, Jonh. **Uma teoria da justiça**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Revista Jurídica

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm

Artigo recebido em 28/08/2006 e aceito para publicação em 30/09/2006

A Revista Jurídica destina-se à divulgação de estudos e trabalhos jurídicos abrangendo todas as áreas do Direito.

Os originais serão submetidos à avaliação dos especialistas, profissionais com reconhecida experiência nos temas tratados.

Todos os artigos serão acompanhados de uma autorização expressa do autor, enviada pelo correio eletrônico, juntamente com o texto original.