



AS FACES DO POSITIVISMO: Clássico, Kelsiano, Pós-Positivista

LES FACES DU POSITIVISME : Classique, Kelsien, Postpositiviste

Estevão Schultz Campos¹

RESUMO

O artigo trata da codificação e positivação como necessário para a correta aplicação do direito e, ao mesmo tempo o afastamento das inconsistências da sistemática positivista da forma de produzir direito. A evolução da ciência jurídica introduz novo modo de positivar a norma, o pós-positivismo.

Palavras Chaves: Positivismo. Hans Kelsen. Pós-positivismo. Código Civil.

RESUMEN

El artículo trata de la codificación y la positivación según sea necesario para la correcta aplicación de la ley y, al mismo tiempo, la eliminación de las incoherencias de la sistemática positivista de la forma de producir la ley. La evolución de la ciencia jurídica introduce una nueva forma de establecer la norma, el post-positivismo.

Palabras Clave: Positivismo. Hans Kelsen. Post-positivismo. Código civil.

SUMÁRIO

¹ Advogado. Professor Titular de Filosofia do Direito do Centro Universitário Adventista – Campus Hortolândia e São Paulo. Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, contato: estevao.santos@unasp.edu.br.



Introdução 1. Positivismo Clássico 1.1 A Evolução Do Pensamento Positivista. 1.1.1 Hans Kelsen. 1.1.1.1 Teoria Geral Do Direito. 2. Além Do Positivismo, Mas Ainda Positivismo. 2.1.1 A Nova Perspectiva De Código Civil. Conclusão 4. Referências Bibliográficas

INTRODUÇÃO

A perspectiva do direito privado baseou-se na autonomia ligada ao liberalismo econômico. As partes introduziam em suas relações diretrizes sem intervenção do Estado. Não obstante, a própria normatização das relações privadas nasce com o espreque de afastar a ingerência do Estado e ressaltar a importância das decisões livremente pactuadas entre as partes.

O Estado desde o nascedouro em poucos momentos esteve disposto a adentrar nas questões mais intimamente privadas para apresentar perspectivas sociais e diretivas para as questões econômicas. As Constituições, mesmo as clássicas e textualmente imutáveis como a dos Estados Unidos e Inglaterra, não adentravam nos pormenores das relações privadas para normatização e impacto social.

A mudança da força normativa decorre da necessidade de nova visão interpretativa do texto Constitucional, com aplicação menos liberal e mais social. Nesse ponto, novas teorias de formação do Estado, como John Rawls (1921 - 2002)– teórico norte-americano -, surgem para explicá-lo sob aspecto da justiça distributiva em que há manifesta necessidade de intervenção para melhor readequação das relações, mesmo as privadas.

Ainda, as normas constitucionais ganham contornos de aplicabilidade determinante², afastando a incessante mediação do legislador sobre temas com reflexo nos direitos privados.

² CANOTILHO, J.J. Gomes. "Direito Constitucional e Teoria da Constituição.". Almedina, 7ª ed., Coimbra, 2016, p. 1130: "A terceira afirmação- nem todos os países que possuem um documento constitucional possuem uma constituição com as ideias do constitucionalismo – coloca-nos perante o uso de **constituição em sentido normativo**. Para se tratar de uma verdadeira constituição não basta um documento. É necessário que o conteúdo desse documento obedeça aos princípios fundamentais progressivamente revelados pelo constitucionalismo. Por isso, a constituição deve ter um conteúdo específico: (1) deve formar um corpo de regras jurídicas vinculativas do 'corpo político' e estabelecedoras de limites jurídicos ao poder, mesmo ao soberano (antidespotismo, antiabsolutismo); (2) esse corpo de regras vinculativas do corpo político deve ser informado por princípios materiais fundamentais, como princípio da separação



1 Positivismo Clássico

A codificação surgida na França no ano de 1804 traduz a principal veia de positivação no mundo moderno. Pensar o direito de forma estatutária ou baseada nesse não é uma premissa de Direito, tanto que em vários países de origem anglo-saxônica não se impõe codificação como sistematização do Direito mas, sim um costume. Ressalte-se também, a importância da codificação de Justiniano, elaborada nos direitos romanos da Idade Média e Moderna.

A concepção de uma codificação na França, diferentemente de outros países que desenvolveram outros métodos interpretativos com base na forte tentativa de racionalizar o pensamento jurídico, desse abstraída a metafísica do direito natural. Esse foi o iluminismo da Revolução Francesa de 1790 e 1800.

Duas são as características do racionalismo iluminista que se buscou imprimir na formulação e formatação da codificação: (i) a existência de um legislador universal, capaz de produzir normas válidas no tempo e no espaço; (ii) e um direito simples e unitário passível de compreensão por todos os cidadãos.

Em Rousseau, no Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens, a civilização e os costumes são ópios da corrupção da natureza humana:

Inspirando-se precisamente nas concepções de Rousseau e iluministas em geral, os juristas da Revolução Francesa se propuseram a eliminar o acúmulo de normas jurídicas produzidas pelo desenvolvimento histórico e instaurar no seu lugar um direito fundado na natureza e adaptados às exigências universais humanas.³

A escola da exegese indica uma análise mecanicista por parte do magistrado. O Autor⁴ estabelece cinco pontos que provocaram a estruturação da escola da exegese:

dos poderes, a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, a garantia de direitos e liberdades, a exigência de um governo representativo, o controle político e/ou judicial do poder.”

³ Bobbio, O POSITIVISMO JURÍDICO. Lições de Filosofia do Direito 1995, 65.

⁴ Bobbio, O POSITIVISMO JURÍDICO. Lições de Filosofia do Direito 1995, 74-75.



a) A codificação sobreveio como forma de subsunção do fato a norma sem a necessidade de se analisar diversos costumes e verificar qual se aproxima com maior exatidão ao caso concreto, assim se posicionou Ehrlich (A lógica dos juristas).

b) O princípio da autoridade, guia o raciocínio jurídico para uma vontade do legislador que não pode ser superada pela oposição do julgador, e sim por uma nova norma modificativa.

c) Outro ponto de relevo para a teoria do jurídico-filosófico do Código, apresenta-se sobre a doutrina da separação dos poderes “como fundamento ideológico da estrutura do Estado moderno (fundada na distribuição das competências, portanto na atribuição das três funções fundamentais do Estado – a legislativa, a executiva e a judiciária – os três órgãos constitucionais distintos). Com base nesta teoria, o juiz não podia criar o direito, caso contrário invadiria a esfera de competência do poder legislativo, mas devia, de acordo com a imagem de Mostesquieu, ser somente a boca através da qual fala a lei (nota-se como esta imagem reapareceu na expressão do Tribunal de Rouen, segundo o qual a reclamação por elementos normativos estranhos ao código sufocaria a voz do legislador)”⁵

d) Princípio da certeza do direito, descreve a precisão ideológica da exatidão do direito a ser exposto pelo magistrado, pela premissa do que foi realizado com o prescrito em lei.

A exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se a tornar explícito, através de um procedimento lógico (**silogismo**), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei⁶.

A lógica jurídica é tida como um forte ponto de interlocução entre a ciência jurídica (direito) e os fatos históricos. A codificação é produção científica da legislação.

A codificação depura e estabelece nas ordens civis o predomínio seguro da razão jurídica natural, armada de lógica, ajudada e protegida pela legalidade. Não se pode supor, no entanto, que a codificação destrua todos aqueles elementos do passado que não adotou instantaneamente: não, ela só os faz desaparecer. Posteriormente, a doutrina, a lógica do direito, a jurisprudência os retomarão individual e serenamente em exame, restaurarão a nova vida e forma daqueles que não perderam toda razão de existir, incorporando-os e coordenando-os no novo organismo⁷.

⁵ Bobbio, O POSITIVISMO JURÍDICO. Lições de Filosofia do Direito 1995, 75

⁶ Bobbio, O POSITIVISMO JURÍDICO. Lições de Filosofia do Direito 1995, 80.

⁷ Bobbio, O POSITIVISMO JURÍDICO. Lições de Filosofia do Direito 1995, 80.



e) Por fim, uma motivo político, fez com que todas as instituições de ensino fossem reorganizadas a fim de se evitar o ensino do jusnaturalismo e teorias atinentes ao direito.

No entanto, na redação do art. 4º a visão era da livre criação do direito por parte do juiz.

A integração da lei deve ser o método adotado com referência a equidade, como juízo criativo do direito nas sendas cíveis e penais, como retorno ou aproximação ao direito natural.

Portalis, no seu discurso, repete quase literalmente o conceito de equidade expresso no art. 9º, ora citado (que, segundo parece, ele mesmo havia redigido):

Quando a lei é clara, é necessário segui-la; quando é obscura, é necessário aprofundar suas disposições. Na falta da lei, é necessário consultar o uso ou a equidade. A equidade é o retorno à lei natural, no silêncio, na oposição ou na obscuridade das leis positivas (op. Cit., p. 5).⁸

O Código de Napoleão teve uma revolução de pensamento quanto ao precedente histórico-jurídico, a ruptura foi algo inovador. Quanto a principal relevância interpretativa do Código este tange ao princípio da onipotência do legislador.

A redação do art. 4º talvez não imprimiu a ideia interpretativa do legislador absoluto como se consignou: “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada.”⁹

Tal artigo impede a utilização da premissa do *non liquet* para a apreciação do direito posto. Ao mesmo tempo há de se expor os conceitos expostos no artigo em comento:

a) obscuridade da lei: o magistrado deve esclarecer a disposição legal;

b) insuficiência da lei: o magistrado deve se utilizar, quando do caso concreto, de outras normas como modo integrar e produzir o direito posto.

⁸ Bobbio, O POSITIVISMO JURÍDICO. Lições de Filosofia do Direito 1995, 73.

⁹ Bobbio, O POSITIVISMO JURÍDICO. Lições de Filosofia do Direito 1995, 73



c) silêncio da lei: típico caso da lacuna da lei, o magistrado deve se utilizar de qualquer outra norma para produzir o direito.

No caso do silêncio (e também da insuficiência) da lei, o problema fundamental é o seguinte: o juiz, que necessita de uma regra para suprir (ou integrar) a lei, deve buscar tal regra no interior do próprio sistema legislativo (recorrendo à aplicação analógica ou aos princípios gerais do ordenamento jurídico) ou no exterior desse sistema, deduzindo-a de um juízo pessoal de equidade (o que significa: recorrendo a um sistema normativo – o moral ou aquele do direito natural – distinto dos sistema do direito positivo)? Os modernos teóricos do direito chamam a primeira solução de auto-integração e a segunda de hetero-integração do ordenamento jurídico. A solução adotada pelo positivismo jurídico em sentido estrito é a primeira: o dogma da onipotência do legislador, de fato, implica que o juiz deve sempre encontrar a resposta para todos os problemas jurídicos no interior da própria lei, visto que nela estão contidos aqueles princípios que, através da interpretação, permitem individualizar uma disciplina jurídica para cada caso. O dogma da onipotência do legislador implica, portanto, num outro dogma estreitamente ligado ao primeiro, o da completitude do ordenamento jurídico¹⁰.

A escola da exegese permaneceu como fonte de estudos durante um longo período na França e Países Baixos com poucas influências das novas constituições, mesmo os juristas, reconhecidamente, estabelecidos no regime anterior, não puderam esquivar de seguir as novas formas do Direito.

Várias juristas expuseram suas considerações sobre o novo *Code* civil, mas não sobre a forma de interpretar, uma vez que não havia tal necessidade. Os novos juristas exegetas consideravam direito antigo de conteúdo histórico relevante para explicar o atual posicionamento do direito francês, mas, sem nesse interferir ou influenciar.

A tensão consistia no ato de interpretação exercido pelos eruditos e que até então era praticado significativamente, não poderia criar direito. Ao interpretar uma lei, o jurista usurpava o “papel criativo” do legislador, supremacia essa que alterava, substancialmente, a engenharia de organização do Estado.

1.1 A EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO POSITIVISTA

¹⁰ Bobbio, O POSITIVISMO JURÍDICO. Lições de Filosofia do Direito 1995, 73



1.1.1 HANS KELSEN

Responsável por criar a Constituição de Viena; Hans Kelsen viveu no período da Segunda Guerra Mundial. Nessa Constituição, cria a técnica do controle de constitucionalidade; como modo integrativo e dissociativo do ordenamento jurídico. Isso porque, Kelsen separa direito e ciência do direito, na prática, o direito se mistura a todos os demais fenômenos sociais.

Há juízes que julgam de acordo com suas convicções pessoais, sua história e suas influências sociais, de seus conceitos morais, etc. A ciência do direito está em outro patamar. A ciência do direito abstrai os fatos e se aproxima mais das normas positivas do Estado. A sentença tem força de sentença apenas porque é norma jurídica, que decorre da ciência do direito. Uma pessoa que imita um juiz numa peça não será considerado juiz porque não detém a força dada pela ciência do direito.

O direito é uma ordem normativa de conduta social. Regulamentar as relações sociais com o fito de preservar unidade sistêmica. Embora haja um direcionamento de fatos, há uma distinção entre os fatos e os atos regulados¹¹.

Não são os fatos sociais do direito que diz o que é direito, é a interpretação das leis. A teoria pura do direito se fundamenta na normatividade, ou seja, entender a norma deixa claro os fatos. A ciência do direito deve ser objetiva e distante dos fatos sociais para sua construção.

O direito se preocupa com o "dever ser" e não com o "ser" (fatos). A ciência do direito é o dever-ser, ou seja, a norma abstrata¹²¹³.

A analítica é a ferramenta filosófica de Kelsen para explicar pureza da ciência do direito, não como referência a valoração do direito com a moral ou algo do tipo; por ser ciência que opera com a lógica-silogismo.

¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 5.

¹² "A comparação entre o 'dever ser' de uma norma e o comando é justificada apenas num sentido bem limitado. Segundo Austin, é a força de obrigatoriedade de uma lei que faz dela um 'comando'. Ou ainda, quando chamamos uma lei de comando, apenas expressamos o fato de ser ela uma 'norma'". KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 49.

¹³ "O 'dever ser' simplesmente expressa o sentido específico em que a conduta humana é determinada por uma norma. Tudo o que podemos fazer para descrever esse sentido é dizer que ele é diferente do sentido em que dizemos que um indivíduo efetivamente se conduz de certo modo, que algo de fato ocorre ou existe". KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 49.



O sistema jurídico, para Kelsen, é unitário, orgânico, fechado, completo e autossuficiente. A norma deve guardar referência com outra norma, ou seja, uma norma não pode conflitar com outra norma. A ferramenta analítica visa dar objetividade para norma, sem se preocupar com a totalidade social.

1.1.1.1 TEORIA GERAL DO DIREITO

A Teoria Geral do Direito é proposta de espelhamento da universalidade da técnica normativa, como ideia do pensamento jurídico e prática jurídica. Hans Kelsen pretende separar a filosofia do direito (método de pensamento mais amplo sobre conceitos axiológicos – ética, moral, democracia, etc.) da teoria geral do direito, como método jurídico normativo.

As normas jurídicas¹⁴ funcionam em duas esferas: estática e dinâmica. A esfera estática: é a norma analisada individualmente. O sistema estático de normas pressupõe que, todas as normas são construídas a partir da norma fundamental¹⁵. A esfera dinâmica: é a norma analisada no contexto do ordenamento jurídico. O sistema dinâmico parte do pressuposto de uma autoridade fundamental autorizadora da criação de normas. A diferença da norma jurídica para norma da

¹⁴ “[...] se é necessário garantir a eficácia de uma norma que prescreve certo comportamento por meio de outra norma que prescreve certo comportamento por meio de outra norma que prescreve uma sanção para o caso de a primeira não ter sido obedecida, é inevitável uma série infinita de sanções, um regressus ad infinitum. Pois ‘a fim de assegurar a eficácia de uma regra do enésimo grau, uma regra do grau $n + 1$ é necessária’”. **Teoria geral do direito e do estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 40.

¹⁵ “Chamamos de norma ‘fundamental’ a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior. Todas as normas cuja validade podem ter sua origem remontada a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem. Esta norma básica, em sua condição de origem comum, constitui o vínculo entre todas as diferentes normas em que consiste uma ordem. Pode-se testar se uma norma pertence a certo sistema de normas, a certa ordem normativa, apenas verificando se ela deriva sua validade da norma fundamental que constitui a ordem. Enquanto um enunciado de ‘ser’ é verdadeiro porque está de acordo com a realidade da experiência sensorial, um enunciado de ‘dever ser’ é uma norma válida apenas se pertencer a tal sistema válido de normas, se puder ser derivado de uma norma fundamental pressuposta como válida. O fundamento de verdade de ‘ser’ é a sua conformidade à realidade de nossa experiência; o fundamento de validade de uma norma é uma pressuposição, uma norma pressuposta como sendo definitivamente válida, ou seja, uma norma fundamental. A procura do fundamento de validade de uma norma não é – como procura da causa de um efeito – um regressus ad infinitum; ela é limitada por uma norma mais alta que é o fundamento último de validade de uma norma dentro de um sistema normativo, ao passo que uma causa última ou primeira não tem lugar dentro de um sistema de realidade natural”. **Teoria geral do direito e do estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 163.



natureza é que a norma jurídica é apresentada tem a corcibilidade/imperatividade do Estado¹⁶¹⁷. A norma da natureza tem como consequência causa e efeito: Ex. a maçã cai pelas regras da gravidade. Para o direito a regra é diferente, não tem relação com causa e, sim com imputabilidade. As normas para Kelsen são constituídos pelo dever-ser.

Deve-se aplicar uma sanção (imputar uma sanção) a quem cometer um crime¹⁸. Para a norma jurídica produzida pelo legislador (vereador, deputados, senadores) ser considerada válida, é preciso que uma norma superior informe que é válida.

Kelsen admite a pluralidade nas normas, ou seja, a existência de várias normas no ordenamento jurídico. As normas do ordenamento jurídico devem obedecer a uma hierarquia de coexistência, na base da hierarquia existem as normas individuais: sentenças. Na base intermediária estão as normas gerais: leis. Na base superior está a norma fundamental: constitucionais

A validade¹⁹ da norma significa que a norma foi criada de acordo com o que estava previsto no ordenamento jurídico²⁰.

¹⁶ O Estado é uma organização política por ser uma ordem que regula o uso da força, porque ela monopoliza o uso da força. Porém, como já vimos, esse é um dos caracteres essenciais do Direito. O Estado é uma sociedade politicamente organizada porque é uma comunidade constituída por uma ordem coercitiva, essa ordem coercitiva é o Direito. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 273.

¹⁷ “O que o chamado Direito dos babilônicos antigos poderia ter em comum com o direito vigente hoje nos Estados Unidos? O que a ordem social de uma tribo negra sob a liderança de um chefe despótico – uma ordem igualmente chamada ‘Direito’ – poderia ter em comum com a constituição da república suíça? No entanto, há um elemento comum que justifica plenamente essa terminologia e que dá condições à palavra ‘Direito’ de surgir como expressão de um conceito com um significado muito importante em termos sociais. Isso porque a palavra se refere à técnica social específica de uma ordem coercitiva, a qual, apesar das enormes diferenças entre o Direito da antiga Babilônia e o Estados Unidos de hoje, entre o Direito dos *ashanti* na África Ocidental e os dos suíços na Europa, é, contudo, essencialmente a mesma para todos esses povos que tanto diferem em tempo, lugar e cultura: a técnica social que consiste em obter a conduta social desejada dos homens através de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária” **Teoria geral do direito e do estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 273.

¹⁸ “Desse modo, a interferência imposta na esfera de interesses de outrem constitui, por um lado, um ato ilegal, o delito, e, por outro, uma sanção. O Direito é uma ordem segundo a qual o uso da força é geralmente proibido, mas, em caráter excepcional, sob certas circunstâncias e a certos indivíduos, é permitido como sanção. Na regra jurídica, o emprego da força surge como delito, i.e., a condição para a sanção, ou como sanção, i.e., a reação da comunidade jurídica contra o delito.” **Teoria geral do direito e do estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 31.

¹⁹ “Validade do Direito significa que as normas jurídicas são obrigatórias, que os homens devem se conduzir como prescrevem as normas jurídicas, que os homens devem se conduzir como prescrevem as normas jurídicas, que os homens devem obedecer e aplicar as normas jurídicas”. **Teoria geral do direito e do estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 55.

²⁰ “Por ‘validade’ queremos designar a existência específica de normas. Dizer que uma norma é válida é dizer que pressupomos sua existência ou – o que redundaria no mesmo – pressupomos que ela possui ‘força



O que é a norma fundamental hipotética? Para Kelsen, a norma fundamental hipotética é uma técnica do direito em que eu considero como válida as normas constitucionais. É o mesmo que dizer que se deve pensar que as normas jurídicas são válidas porque todos devem pensar assim. É uma hipótese para pensar a existência anterior dessa norma fundamental:

“ A norma fundamental não é criada em um procedimento jurídico por um órgão criador de Direito. Ela não é – como é a norma jurídica positiva – válida por ser criada de certa maneira por um ato jurídico, mas é válida por ser pressuposta como válida; e ela é pressuposta como válida porque sem essa pressuposição nenhum ato humano poderia ser interpretado como um ato jurídico e, especialmente, como um ato criado do Direito”. Pg 170, Teoria Geral do Direito, Kelsen.

Para Kelsen a interpretação autêntica é um sistema que a autoridade competente tenha dado.

2. ALÉM DO POSITIVISMO, MAS AINDA POSITIVISMO

O pós-positivismo retrata uma mudança de paradigma da construção jurídica. Tal enfrentamento tem que ver com o aspecto interpretativo normativo no âmbito da ciência jurídica:

O genuíno pós-positivismo imprime significantes mudanças nos conceitos elementares para se decidir uma questão jurídica. Esse paradigma oferece novo conceito de norma que passa a ser concretizada e a subsunção é eliminada como mecanismo para aplicar o direito, deixa-se de perquirir por uma vontade (lei ou legislador) para se alcançar a correta interpretação dos enunciados jurídicos²¹.

A viragem da visão metodológica relaciona-se ao distanciamento do direito como dever pré-imposto ou pré-determinado antes mesmo de se conhecer o fato concreto. O positivismo jurídico constrói sua teoria fundante a partir do pressuposto de que o legislador e sua criação (lei) são a definição da norma em si só.

de obrigatoriedade’ para aqueles cuja conduta regula. As regras jurídicas, quando válidas, são normas. São, mais precisamente, normas que estipulam sanções”. **Teoria geral do direito e do estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 43.

²¹ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 52.



Mesmo Kelsen, que evoluiu o pensamento inicial do positivismo, nesse ponto afasta a possibilidade interpretativa da própria norma, por ter sido a mesma construída e estabelecida nos moldes anteriormente determinada e pronta para apresentar sua efetividade. Esse pensamento nos remete a escola exegética onde o julgador encontrava na lei a razão normativa do caso concreto:

A partir das premissas supracitadas, pode-se concluir que, em face do pós-positivismo, a norma não se confunde com o texto legal (enunciado), ela surge somente diante da problematização do caso concreto, seja real ou fictício. Com efeito, consiste em equívoco do positivismo legalista entender que a norma já está acabada e presente no texto da lei ou em um enunciado da súmula vinculante. A lei e a súmula vinculante são ante casum com o objetivo de solucionarem casos pro futuro²².

Nesse ponto, o desenvolvimento da filosofia do direito permitiu a construção da viragem linguística em Gadamer e ontológica em Heidegger que afastam a vontade do legislador na seguinte medida.

Na virada linguística temos a construção da expressão como médium das mais diversas ciências, como a jurídica. Ainda, a linguagem como forma autônoma, não instrumentalizada da ciência jurídica:

Neste caso, a questão do fundamento fica deslocada para uma estrutura constituidora de mundo que é a linguagem:

Portanto, não se trata mais de perguntar pela 'essência' das coisas, tampouco por aquilo que o sujeito tem certeza de que sabe (no caso do conceito subjetivista), mas, sim perguntar pelas condições de acesso ao universo simbólico e significativo produzido pela linguagem.

[...]

Gadamer demonstra que a linguagem não é um ferramental que podemos escolher quando usar ou deixar de usar. Isso porque tudo que pensamos já é abarcado pela dimensão da linguagem. Queremos, com isso, dizer que o direito, quando visualizado como linguagem, não pode simplesmente ser instrumentalizado, sob pena de ser transformado em mera ferramenta. Não podemos fazer o direito apenas o que queremos.²³

²² ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 64

²³ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 59.



No que tange a viragem ontológica o ente (Daisen), figura como ponto central para estruturação do direito que, a partir dele se pode melhor observar o ser, ou ainda, conforme afirma Heidegger essa mudança se faz necessária por ter a filosofia do direito relegado ao plano ôntico é que se traduz como ontológico, partindo-se do ser para compreender o ente. Quando na verdade o ente (Dasein) já tem em si uma ampla construção do mundo independente do ser:

O que precisa ficar estabelecido é que o homem (Ser-aí) se apresenta no centro do mundo, reunindo os fios deste. Ao escolher o homem (Ser-aí) como ponto central de sua filosofia. Heidegger não se concentra em um ente com exclusão de outros; o Ser-aí traz consigo o mundo inteiro. Isso é assim porque o Ser-aí é desde sempre ser-no-mundo; porque sua condição é, em si compreendendo, compreender o ser (Círculo Hermenêutico); e compreende o ser através da pergunta pelo ente (diferença ontológica).²⁴

Nesse ponto, o pós-positivismo nos afirma que a construção silogística do dizer direito pela vontade pré-concebida pelo legislador/lei não mais pode ser observada ou aceita.

A teoria desenvolvida por Muller, propõe uma cisão no entender o texto da norma (viragem linguística) e a norma (viragem ontológica).

Reconhecer a obsolescência do silogismo equivale a constatar que não se pode produzir uma norma em abstrato que permitirá a solução de multiplicidade de casos por subsunção. A subsunção cai por terra juntamente com a existência de norma abstrato. A norma é concreta e coconstitutiva do caso concreto, logo ele nunca pode ser subsumida ao caso de forma mecânica. Não é possível cindir interpretação da aplicação. Não podemos decidir e depois buscar fundamento. Decidir e interpretar não são momentos distintos

Conforme o autor, sua teoria estruturante do direito, retira do texto de lei à visão de norma ainda, integra ao ato julgar ao caso concreto a interpretação. Assim, julgar e interpretar são fatores concomitantes não dissociativas.

²⁴ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 443



E nesse aspecto, o positivismo – que constrói o mecanismo-silogismo, merece ser apontado, por afastar a possibilidade interpretativa do julgador. Retornando, o texto de lei, assim, se torna o delimitador da construção da decisão judicial. Enquanto a norma se extrai da construção interpretativa do caso concreto.

Ou ainda, temos na norma o recorte social de aspectos historicista e fático, que não mais são afastados quando da decisão judicial. Há de se observar ainda que o pós positivismo se afasta do silogismo, consecutivamente do positivismo mecanicista, não suportando o entendimento de que a teoria estruturante não absorve a construção legislativa de modelo *common law* ou *civil law*.

Um hiato entre as normas escritas na Constituição e os fatos sociais tornavam-se grandes descompassos com o dever-ser²⁵, determinando, conforme preceitua o autor, a anomia constitucional; ou seja, não considerar a norma na constituição. Ou ainda, o próprio texto constitucional passa a ser utilizado como discurso político, inserindo-se ali os anseios sociais, mas sem obrigatoriedade do cumprimento²⁶.

Atualmente, tal visão se tornou amplo e aplicável à teoria do direito e no Brasil refletiu-se na elaboração de uma Constituição calcada em princípios fundamentais que direcionam a toda a interpretação das demais áreas do direito. Assim, surge um novo direito que abre espaço para a reinterpretção das normas positivadas além do texto constitucional. A norma ultrapassa o texto de lei e alcança patamar de produção individualizada para cada setor da vida e cotidiano.

2.1.1 A NOVA PERSPECTIVA DE CÓDIGO CIVIL

O Código de Napoleão surge como marco de normatização das relações, embasado na racionalização e iluminismo²⁷. Um dos objetivos dessa codificação era

²⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição.”. Almedina, 7ª ed., Coimbra, 2016, p. 1131: “Como se vê, a constituição normativa, para se qualificar como m conceito de dever-ser, ou, por outras palavras, para ser qualificada como conceitode valor não se basta com um conjunto de regras jurídicas formalmente superiores, ests regras têm de transportar ‘momentos axiológicos’ corporizados em normas e princípios dotados de bondade material (garantia de direitos e liberdades, separação dos poderes, controlo do poder, governo representativo).

²⁶ SARMENTO, Daniel. “A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado.” Revista da Emerj, v. 6, n. 23, 203, p. 276

²⁷ VAN CAENEGEM, R. C. “UMA INTRODUÇÃO HISTÓRICA AO DIREITO PRIVADO.” Martins Fontes, 2ª ed. São Paulo, SP. 1999, p. 12: “O Code devia ser concebido em primeiro lugar, e



estabelecer um patamar igualitário para relações políticas, afastando-se privilégios e estabelecendo diretrizes gerais de um direito único²⁸. Esse movimento foi inovador e reformulador de todo o entendimento de materialização da relação entre as partes.

A Codificação significaria, como fator novo, uma sistematização com ideal jusfilosófico, no qual se acomodaria o direito das gentes, ainda, “o ‘direito natural’, que se cristalizara nos códigos, fundava-se na ideia de autonomia da vontade dos indivíduos, igualizados pela abstração da lei.”²⁹

Tudo esteve diante da base de pouca criação interpretativa da lei. O Código de Napoleão privilegiou o mínimo teor de interpretação do juiz, com maior destaque para as previsões normativas³⁰.

sobretudo, como um texto de direito positivo, e qualquer excesso doutrinário devia ser evitado; os termos do estatuto não deviam ser obscurecidos por teorias e considerações. Esse ponto de vista está de acordo com a noção de primazia absoluta do estatuto como fonte de direito. A interpretação doutrinária, a jurisprudência (em que o juiz é reduzido a um papel passivo como a voz do estatuto) e o costume encontram-se subordinados à autoridade do estatuto. Embora o costume tenha sido a fonte mais importante e a expressão do direito (um ponto a que iremos voltar), agora está relegado a um papel residual e marginal. O estatuto que, em certos estágios da evolução do direito, fora inteiramente eclipsado, agora era a fonte por excelência do direito. O Código Napoleão restabeleceu o direito e os tribunais em seu pleno rigor, mas agora o sistema era mais racional e seu funcionamento mais controlável e previsível do que no ancien régime. A eliminação do direito natural como fonte do direito positivo pertence à mesma linha de pensamento. No século XVIII, o direito racional (Vernunftsrecht) fora um instrumento poderoso na luta contra o antigo regime político”

²⁸ BOBBIO, Norberto. “O POSITIVISMO JURÍDICO. Lições de Filosofia do Direito.” Martins Fontes, São Paulo, SP. 1995, p. 65: Duas são as características do racionalismo iluminista que se buscou imprimir na formulação e formatação da codificação: (i) a existência de um legislador universal, capaz de produzir normas válidas no tempo e no espaço; (ii) e um direito simples e unitário passível de compreensão por todos os cidadãos. Isso porque na França, havia uma multiplicidade de direitos territoriais. Afora, uma divisão em que a parte setentrional vigia costumes locais (droit coutumier), e a meridional vigia o direito comum romano (droit écrit). “Inspirando-se precisamente nas concepções de Rousseau e iluministas em geral, os juristas da Revolução Francesa se propuseram a eliminar o acúmulo de normas jurídicas produzidas pelo desenvolvimento histórico e instaurar no seu lugar um direito fundado na natureza e adaptados às exigências universais humanas.”

²⁹ SARMENTO, Daniel. “A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado.” Revista da Emerj, v. 6, n. 23, 203, p. 281

³⁰ BOBBIO, Norberto. “O POSITIVISMO JURÍDICO. Lições de Filosofia do Direito.” Martins Fontes, São Paulo, SP. 1995, p. 87: ““Desta atitude diante da lei nasce um terceiro aspecto do positivismo jurídico francês: a interpretação da lei fundada na intenção do legislador. Trata-se de uma concepção da interpretação que tem uma grande importância na história e na prática da jurisprudência, sendo acatada até os nossos dias. É perfeitamente coerente com os postulados fundamentais da escola da exegese: se o único direito é aquele contido na lei, compreendida como manifestação escrita da vontade do Estado, torna-se então natural conceber a interpretação do direito como a busca a vontade do legislador naqueles casos (obscuridade ou lacuna da lei) nos quais ela não deflui imediatamente do próprio texto legislativo, e todas as técnicas hermenêuticas. [...] Distingue-se a vontade do legislador em vontade real e vontade presumida: busca-se a vontade real do legislador no caso em que a lei disciplina efetivamente uma dada relação, mas tal disciplinamento não fica claro a partir do texto da lei (então se busca,



A viragem dessa forma de aplicação da lei ocorre quase um século depois com o Código Civil Alemão³¹, que estruturou o código com uma parte geral com cláusulas abertas, capacitando, assim, a interpretação por parte do magistrado em questões específicas.

Através da técnica expressada no Código de Napoleão, o silogismo determinou a verificação do que seria aplicável como direito, pois se não estivesse normatizado, não era direito.

O próprio parâmetro de orientação legislativa é alterado de modo significativo para um tipo legislativo amplo, de forma que a frequência por normas gerais e a hipótese hermenêutica ganhassem destaque. A elaboração legislativa transforma-se em nova produção de regras que engendre forças de diversos grupos para que a própria legislação se torne mais pessoal e razoável para as partes.

Com a força cada vez mais relevante dos microsistemas, o Código Civil é posto de lado sem refletir seu vigor de outrora, de forma que em muitos casos as normas do microsistemas encontravam-se em dissonância com as regras do Código, logo, nesse não mais se encontravam as normas gerais orientados.

O novo Código Civil brasileiro não concentrou todo cerne de abrangência do Direito Privado sob sua égide.

A constitucionalização do direito privado consiste ainda na releitura de todos os paradigmas de temas iminentemente privados com enfoque na Constituição e seus princípios orientadores.

mediante investigações de caráter essencialmente histórico, o que o autor da lei pretendia do legislador (o que se resolve, em última análise, numa ficção jurídica), quando o legislador se omitiu em regular uma dada relação (lacuna da lei). Então, recorrendo à analogia e aos princípios gerais do direito, procura-se estabelecer qual teria sido a vontade do legislador, se ele tivesse previsto o caso em questão.”

³¹ BARROSO, Luís Roberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil).” trabalho foi escrito, em sua maior parte, durante minha estada na Universidade de San Francisco (USFCA), p. 20: A partir daí, baseando-se no catálogo de direitos fundamentais da Constituição alemã, o Tribunal Constitucional promoveu uma verdadeira “revolução de idéias”, especialmente no direito civil. De fato, ao longo dos anos subseqüentes, a Corte invalidou dispositivos do BGB, impôs a interpretação de suas normas de acordo com a Constituição e determinou a elaboração de novas leis. Assim, por exemplo, para atender ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, foram introduzidas mudanças legislativas em matéria de regime matrimonial, direitos dos ex-cônjuges após o divórcio, poder familiar, nome de família e direito internacional privado. De igual sorte, o princípio da igualdade entre os filhos legítimos e naturais provocou reformas no direito de filiação.”



Nesse sentido:

Demais disso, é importante ressaltar a possibilidade de aplicação direta da Constituição nas relações privadas, sempre que possível. Como norma jurídica que é, dotada de imperatividade, a Constituição não necessita da mediação do legislador civil para incidir sobre tais relações, podendo, por si só, alcança-las com seus comandos.³²

Em contraposição a esse pensamento:

Argumenta-se que a eficácia direta da Constituição nas relações privadas ‘marginaliza o legislador, (...) degrada o princípio da autonomia privada e dissolve a certeza da letra impressa na lei numa nebulosa de valores com o conseqüente sacrifício da segurança jurídica, até consagrar uma espécie de totalitarismo dos valores constitucionais aos quais deverão se submeter os particulares em todas as suas decisões privadas juridicamente relevantes.’³³

CONCLUSÃO

O positivismo clássico, nascido na Revolução Francesa, previa uma aplicação textual livre de qualquer interpretação, ainda, sem vícios ou máculas que prejudicassem a legalidade.

Uma análise interessante da positivação da revolução francesa consiste nas mudanças mais sensíveis e que diretamente está relacionada a premente necessidade de positivação, relacionada ao fechamento das faculdades de direito. O hiato criado impulsionou a criação do sistema de normas unificadas.

A interpretação da norma foi freada com a fidelidade dos artigos dos códigos e uma adequação das normas a mentalidade e formas da França revolucionária. O direito era, assim, uma expressão que pudesse ser expressa na forma de codificação, sem nuances interpretativas dos doutrinadores da época.

Tal ponto constata-se pelo fechamento das universidades e sua reabertura em 1808 sob o estandarte da Universidade Imperial que ligava todas as outras instituições em uma administração central.

³² SARMENTO, Daniel. “A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado.” Revista da Emerj, v. 6, n. 23, 203, p. 291

³³ SARMENTO, Daniel. “A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado.” Revista da Emerj, v. 6, n. 23, 203, p. 292



Frederich Muller expõe que o pós positivismo imprime significativa mudança na base de avaliação da norma, sendo a norma individualizada de acordo com o caso concreto, afastado o silogismo e a busca pela vontade da lei ou do legislador.

Norma só acontece com a interpretação do caso concreto. A ideia de norma existente através da lei abstrata prolatada pelo legislador é retrógada e positivista, aplicá-la nada mais é do que uma subsunção de fatos a lei. Ainda, a aplicação desse silogismo na decisão judicial afeta drasticamente uma correta aplicação do texto normativo.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Abboud, Georges. **Discricionariedade Administrativa e Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. trabalho foi escrito, em sua maior parte, durante minha estada na Universidade de San Francisco (USFCA).

BOBBIO, Norberto. **O POSITIVISMO JURÍDICO. Lições de Filosofia do Direito**. Martins Fontes, São Paulo, SP. 1995.

_____. **A Teoria das Formas de governo**. Brasília: UnB, 1997.

Caenegem, R. C. Van. **UMA INTRODUÇÃO HISTÓRICA AO DIREITO PRIVADO**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina, 7^a ed., Coimbra.

FREIRE, Alexandre, Lucas Buril de Macedo BARROS, e Ravi PEIXOTO. **Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalista adequada do seu uso no Brasil**. Salvador: Juspodivm, 2015.

Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARTINS, Gilberto Baptista. **Os fundamentos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o novo Código Civil**. In Boletim Adcoas.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **O direito privado como um "sistema em**



construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 15, Porto Alegre, UFRGS/Síntese, 1998

Müller, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

SARMENTO, Daniel. **A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado.** Revista da Emerj, v. 6, n. 23.

VAN CAENEGEM, R. C. **UMA INTRODUÇÃO HISTÓRICA AO DIREITO PRIVADO.** Martins Fontes, 2ª ed. São Paulo, SP. 1999.

Recebido em 23.10.2019 – Aceito em 12.11.2019