

O direito e o estado moderno: anotações acerca da teoria positivista da estatalidade do direito

The right and the modern state: Notations concerning positivist theory of the right of the state

Vitor Hugo Nicastro Honesko*

* Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de Filosofia do Direito da UNOPAR.
e-mail: <vitor.honesko@unopar.br>

Resumo

Este trabalho tem como objeto de estudo principal o tema da estatalidade do Direito moderno. Visa abordar os aspectos epistemológicos e históricos que fizeram com que o Estado se tornasse a única instituição que detém a competência plena para dizer o Direito. Além disto, a tônica que se imprime a esta análise em tela é descrever e criticar a teoria que mais cultivou este modelo jurídico totalmente baseado no poder do Estado moderno, qual seja, o positivismo jurídico.

Palavras-chave: Estado moderno. Ciência do Direito. Positivismo jurídico.

Abstract

This work has as its main objective the study of issues regarding the modern Law in the state. It aims at to approach epistemologies and historical the aspects that made the State become the only institution that withholds the full ability to state the law. Moreover, the tonic that it imprints to this analysis in screen is to describe and to criticize the theory that most incremented this model totally based in the power of the modern State, which is, the legal positivism.

Keywords: Modern state. Science of the Law. Legal positivism.

1 A Ciência do Direito e seu Objeto

A ciência exerce uma influência na condução da humanidade poucas vezes vista na história, podendo-se comparar ao papel da Igreja na Alta Idade Média. Neste sentido, pode-se afirmar que o futuro da sociedade sempre é escolhido levando em conta parâmetros científicos. Quando a discussão sobre a ciência alcança o tema do Direito, não há como afastar desta discussão as proposições sobre a ciência que tem o Direito como objeto, isto é, a Ciência do Direito.

O cientista do direito não dever ser aquele teórico que busca incessantemente o conhecimento pelo conhecimento, mas sim aquele que se debruça sobre os delicados problemas jurídicos na tentativa de achar soluções plausíveis para a sociedade. Suas concepções teóricas, mediata ou imediatamente, fazem, refazem ou desfazem coisas; constituem, reconstituem ou desconstituem relações sociais (VILANOVA, 2003).

Não há condição de se pensar a Ciência do Direito sem simultaneamente pensar o próprio Direito. Assim, “toda e qualquer metodologia do Direito se funda numa Teoria do Direito, ou quando menos a implica” (LARENZ, 1997, p. xxii).

Neste sentido, afirma Vilanova (2003, p. 413) que

a Ciência do Direito é a autoconsciência, em termos de conceitos, do direito vigente: ao mesmo tempo, o direito vigente incorpora a ciência de si mesmo, autocompondo-se num processo dialético intermimo, sem repouso, entre os dois pólos: a experiência jurídica e a teoria dessa experiência.

Conforme muito bem colocado pelo jusfilósofo pernambucano, a Ciência do Direito também está diretamente ligada à aplicação do Direito, ou, como ele

mesmo diz: “o jurista, no sentido mais abrangente, é o ponto de intersecção da teoria e da prática, da ciência e da experiência: seu conhecimento não é desinteressado: é-o com vistas à aplicabilidade do que é norma” (VILANOVA, 2003, p. 414).

Neste íterim, é muito importante frisar que se o Direito influencia a metodologia da Ciência do Direito, então esta tem por vocação a retroversão sobre seu objeto, condicionando-o. Portanto, o discurso judicial está permeado de concepções científicas que ingressam de maneira obrigatória nas decisões proferidas pelos tribunais.

A posição epistemológica tomada pelo aplicador do Direito necessariamente condicionará a decisão sobre qualquer caso que necessita de uma solução. Não há como se falar em decisão judicial sem abordar incansavelmente os paradigmas que permeiam o meio jurídico-acadêmico. É somente através da Ciência do Direito, cultivada nestes meios acadêmicos, que o intérprete terá subsídios que instrumentalizarão a sua argumentação. Tem-se, assim, a questão epistemológica da *decidibilidade* (FERRAZ JUNIOR, 1980). A adoção de uma concepção positivista do Direito, por exemplo, trará uma decisão distinta daquele que é adepto de uma concepção crítica ou não positivista do Direito¹.

2 A Teoria da Estatalidade do Direito

Ainda dentro de uma abordagem que privilegia uma visão epistemológica do Direito, é de fundamental importância destacar que o próprio Direito estatal é uma construção científica. Fruto de uma visão eminentemente moderna de mundo², o Estado moderno vem tomar para si o que se entende por Direito. Tudo isto para conseguir uma certeza nas relações sociais tal como a natureza possui sua “certeza”.

A tese da estatalidade do Direito, defendida fundamentalmente pelo positivismo jurídico, faz com que o sujeito, que tem por finalidade o conhecimento do fenômeno jurídico, se volte inteiramente para as normas emanadas por um órgão competente que figura dentro dos limites do Estado moderno, isto é, somente serão consideradas normas jurídicas aquelas que forem produzidas por uma fonte credenciada pelo ordenamento jurídico estatal.

A teoria positivista buscará, portanto, demarcar a norma jurídica com características próprias, que a distinguirá das demais prescrições existentes nas diversas ordens normativas as quais têm por objetivo a regulamentação da conduta humana. Esta diferenciação se faz necessária a partir do momento em que o positivismo jurídico quebra com a tradição que considerava o Direito como expressão do justo, proposta pelo Jusnaturalismo.

Na adoção dos códigos produzidos pelo recém fundado Estado moderno, no século XIX, ocorre a positivação do chamado Direito Racional proposto pelos jusnaturalistas. Na época de sua positivação, os preceitos jurídicos jurracionais codificados eram considerados suficientes e necessários para reger com extrema competência a sociedade e seus possíveis conflitos.

Todavia, com o envelhecimento dos códigos e com a imprescindível evolução da vida social, as normas positivadas no passado começaram a se tornar obsoletas para a solução dos conflitos que surgiam de maneira inédita na sociedade. Além disto, estas normas, as quais tinham em seu favor o fato de serem consideradas as autênticas representantes dos valores fundantes da sociedade, ao se depararem com situações que não poderiam ser solucionadas, não eram mais consideradas como os padrões éticos por excelência. A pretensão dos legalistas em ver no Direito positivado dos códigos a autêntica manifestação da racionalidade humana detentora da instrumentalização do valor justiça nas relações sociais se tornou, então, vazia.

2.1 O Direito Moderno

Os positivistas jurídicos, em decorrência da inadequação entre o que estava prescrito nos códigos e os ideais de justiça, começaram a adotar a *tese da*

necesaria entre derecho y moral, entre aquello que ordena el derecho y aquello que exige la moral o entre el derecho que es y el derecho que debe ser” (ALEXY, 1997, p.13). O conceito de Direito passa a ser visto como uma categoria puramente formal, em que se prescinde de toda análise de conteúdo, pois, como afirma Vilanova (2003, p.50), “para conceptuar de um modo universal o direito, há que se deixar em suspenso a direção para o valor, inerente ao direito”.

Ilustra bem esta tese da separação o que coloca Diniz (2003, p. 377) em seu *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*:

É jurídica tanto a norma justa como a injusta, a moral, a imoral ou a amoral, pois o lesado pela violação de qualquer uma poderá exigir, por meios dos órgãos competentes, o seu cumprimento ou a reparação do mal sofrido; ele está autorizado a fazê-lo. P. ex.: é jurídica a norma que não reconheça a liberdade de todos, permitindo a escravidão, mas é injusta, pelo menos para nosso sentimento e para o de muitos contemporâneos do regime escravista. As normas jurídicas, postas pelo legislador, juiz etc., podem ser criticadas, mas todos devem agir de conformidade com elas, obedecendo-as por mais iníquas que sejam.

Esta distinção que se dá entre lei positiva e valores éticos é algo que sempre transpassou a história do Direito. Um dos exemplos mais citados pelos estudiosos do Direito é a tragédia grega de *Antígona* de Sófocles (496-406 a.C.) (2003). *Antígona* é filha incestuosa de Édipo com sua própria mãe Jocasta, e irmã de Ismênia, Polinices e Etéocles. O rei Édipo foi expulso de sua cidade Tebas por seus dois filhos, Polinices e Etéocles, que acordaram exercer o poder a cada ano de forma alternada, começando por Etéocles. Passado o primeiro ano no poder de Tebas, Etéocles se recusa a cumprir o combinado com seu irmão Polinices que, assim, buscou apoio no reino de Árgos para tomar o trono de seu irmão. Neste combate pelo comando de Tebas, os dois irmãos, Polinices e Etéocles, perecem. Creonte, irmão de Jocasta, é quem fica com o trono. Enterrou Etéocles com honras de herói. E, considerando Polinices traidor e inimigo de Tebas, Creonte promulga um decreto que proíbia que se prestassem honras fúnebres àquele. *Antígona*, impulsionada pelo dever religioso imposto por uma fina camada de pó, gesto que teve o condão de

¹ Em se tratando de um caso duvidoso ou *hard case*, isto é, quando a lei a ser aplicada é imprecisa e as regras da metodologia jurídica não conduzem a um único resultado, quem defende uma posição positivista vai decidir com fundamentos bem diferentes daquele que adota uma concepção não positivista, como diz Alexy (1997, p.19): “Quien identifique el derecho con la ley escrita, es decir, defienda la tesis del positivismo jurídico, tiene que decir que en los casos dudosos la decisión está determinada por factores extrajurídicos. Totalmente distinta es la comprensión del no positivista. Como no identifica el derecho con la ley, para él la decisión puede estar determinada también por el derecho cuando la ley no la establece obligatoriamente”.

² A modernidade, visão de mundo que ainda é predominante nos dias de hoje, teve como precursor primeiro o teólogo escocês Duns Scot (1265-1308), que já plasmava as primeiras linhas da epistemologia moderna na Baixa Idade Média. No entanto, seu apogeu aconteceu com a revolução científica do século XVI, que cunhou uma total simplificação do universo. Para a epistemologia da modernidade, o mundo nada mais é do que uma máquina composta por partes que se relacionam segundo leis causais, isto é, o mundo é visto como um grande palco de relações entre causas e efeitos naturais. A concepção moderna tem, portanto, o grande defeito de simplificar o que é complicado, e de separar o que é inseparável. Cria-se, deste modo, na ciência, a imagem de um mundo estável e repleto de ordem, onde os acontecimentos passados sempre se repetirão no futuro. É o que se chama de mecanicismo. Somente a título de informação, é imperioso notar que esta visão da modernidade entrou em crise no século XX. Com a teoria da relatividade de Albert Einstein, com a mecânica quântica e, também, com o teorema da incompletude de Gödel, entre outros exemplos, o determinismo proposto pela modernidade é colocado em xeque, surgindo, assim, a pós-modernidade.

satisfazer a exigência ritual do mandamento religioso. Em sua defesa, diz Antígona para Creonte:

A tua lei não é a lei dos deuses; apenas o capricho ocasional de um homem. Não acredito que tua proclamação tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses. (SÓFOCLES, 2003, p. 25).

Por essas declarações da filha de Édipo, por este ato piedoso, foi condenada à morte, tomando-se por base o decreto de Creonte e desconsiderando as regras “eternas” da religião.

É possível perceber claramente, nesta tragédia grega, a enorme diferença entre a obrigação moral sentida por Antígona e a obrigação posta pelo decreto real. Há, como ocorreu com a desatualização axiológica dos códigos surgidos a partir do século XIX, uma não conformidade entre Direito positivo e valores éticos fundantes da sociedade, neste caso representados pelos deveres religiosos.

Importante salientar também o que acontecia na Roma antiga. No tecnicismo do direito romano, havia uma “distinção prática entre os preceitos ideais da ética, sem a sanção da autoridade, e as regras práticas do *jus*, impostas coativamente pela autoridade pública” (COELHO, 1991, p. 188). No entanto, os juristas romanos “não conseguiam definir o *jus* sem envolver elementos conceituais próprios da moral” (COELHO, 1991, p. 188).

Avançando um pouco mais na história, percebe-se que algo de inusitado aconteceu na Idade Média, pois este período foi palco de uma absorção do conhecimento científico e filosófico pela Teologia. Neste ínterim, qualquer conduta humana, quer em suas relações sociais, quer em sua esfera individual, “é encarada sob um prisma eminentemente religioso, gerando a impraticabilidade de qualquer distinção formal entre as diversas ordens normativas” (COELHO, 1991, p. 188). Isto aconteceu porque a própria autoridade que produzia a norma foi vista como uma extensão da vontade divina. Daí que São Tomás de Aquino “refere-se ao conteúdo moral do direito na sua concepção do bem comum (direito) e do bem individual (moral)” (COELHO, 1991, p. 189).

Apesar de ter acontecido na história rudimentos de diferenciação entre o Direito e os valores que fundam as condutas dos indivíduos, a verdadeira busca por uma efetiva distinção, dentro da Ética, é fruto de uma visão eminentemente formalista que começa com o advento do racionalismo dos séculos XVII e XVIII (COELHO, 1991). Esta concepção moderna do universo traz como característica principal o que se costuma denominar de mecanicismo, isto é, a divisão do mundo em partes que se relacionariam entre si como peças de uma grande máquina cósmica. Não é de se estranhar, portanto, que este ponto de vista dominante também influenciaria a Ética. Por isso, é de especial relevância abordar, neste momento, a posição de um dos mais respeitados filósofos de postura formalista que influenciou sobremaneira o pensamento dos juristas: Immanuel Kant (1724-1804).

A importância de Kant para a análise que se segue se encontra em sua famosa distinção entre imperativos categóricos e imperativos hipotéticos. Isto se dá pelo fato de que, de um modo geral, a teoria positivista do Direito adota como pano de fundo a teoria *imperativista* (GUERRA FILHO, 2002, p. 145).

Na busca por um estudo da norma jurídica como prescrição de condutas, é de se notar que os demais sistemas normativos da conduta humana também se utilizarão da mesma função lingüística. Daí que as proposições prescritivas englobam “tanto as normas morais quanto as regras gramaticais, tanto as normas do ordenamento jurídico quando as prescrições de uma receita médica” (GUERRA FILHO, 2002, p. 140). Na tentativa formalista de uma eficiente divisão conceitual entre estas constelações normativas, a teoria proposta pelo filósofo de Königsberg trará uma tentativa de distinção entre as normas jurídicas e as normas morais.

Todo imperativo, esclarece Kant (1988), é a representação de um princípio objetivo que se exprime pelo verbo *dever* (*sollen*), enquanto obrigatório para uma vontade. Os imperativos podem ordenar hipotética ou categoricamente. O imperativo categórico seria aquele que representa uma ação “como objectivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer finalidade” (KANT, 1988, p. 50). Já o imperativo hipotético vai representar a “necessidade prática de uma acção possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira)” (KANT, 1988, p. 50). Assim, no caso de uma ação ser boa apenas como

meio para *qualquer outra coisa*, o imperativo é *hipotético*; se a acção é representada como *boa em si*, por conseguinte como necessária numa vontade em si conforme a razão como princípio dessa vontade, então o imperativo é *categórico* (KANT, 1988, p. 50).

Neste ínterim, percebe-se que a teoria kantiana se esforça por diferenciar, na pessoa humana, o foro interno do externo. O imperativo categórico, por ser fruto incondicional da vontade mesma do indivíduo, não se fundando em nenhum interesse, seria o responsável pelos motivos que constituem as ações internas. Daí que representam o que se convencionou denominar de moralidade. O mandamento moral, portanto, é desinteressado porque autônomo (KANT, 1988), isto é, “representa uma disciplina da própria consciência individual” (COELHO, 1991, p. 190). Daí se falar que uma ação é moral quando seu cumprimento não se fundamenta em nada mais do que na razão de se satisfazer intimamente, ou na repugnância à insatisfação também íntima que causa a sua transgressão (BOBBIO, 1993).

Ainda dentro desta fundamentação proposta por Kant (1988), nota-se que o Direito não consegue se infiltrar numa concepção de imperativo categórico. Isto acontece porque o Direito não parte do foro interno do indivíduo, ou seja, não é fruto da autonomia da vontade, como é a moral. Neste caso, a única alternativa em que se pode situar o Direito é a que indica o foro externo como sua fonte criadora. O Direito, portanto, é heterônomo, pois “representa uma disciplina que provém do exterior e se impõe à consciência” (COELHO, 1991, p. 190).

Além desta diferenciação baseada na fonte criadora, Bobbio (1993), também buscando distinguir as normas jurídicas das demais prescrições de condutas, cita um critério que solucionaria este problema: o da resposta à violação. Como toda prescrição exprime o que *dever-se* e não o que *é* efetivamente, faz parte da sua natureza ser violada. Esta violação é denominada de *ilícito*. A resposta a esta violação também é conhecida pelo nome de *sanção*. Esta pode ser definida como “l'espedito con cui si cerca, in un sistema normativo, di salvaguardare la legge dall'erosione delle azioni contrarie” (BOBBIO, 1993, p. 122).

Como enunciado por Kant (1988), as normas consideradas morais são criadas pelo próprio indivíduo que se coloca sob sua regência. Isto foi o que se denominou autonomia da vontade. Como a norma moral tem o condão de obrigar somente em consciência, não há nada além desta consciência que pode punir o descumprimento de um mandamento de moralidade. A sanção é, como usualmente se diz, puramente interior. Podem existir, assim, conseqüências consideradas muito desagradáveis para aquele que viola uma norma moral: há um sentimento de culpa, um estado de remorso, de inquietação e, por vezes, de angústia (BOBBIO, 1993, p. 122).

Fica claro, portanto, que as únicas prescrições que podem ser consideradas de foro interno são os mandamentos de moralidade. Quando se fala em normas que são por sua natureza heterônomas, é comum confundir-se as normas jurídicas com as normas sociais. A postura formalista não nega que estas normas se igualem por possuírem uma mesma característica: são impostas por terceiros, isto é, provêm do foro externo do indivíduo. No entanto, esta tese insiste no fato de que a ordem social e a ordem jurídica devem ser consideradas distintas em seus aspectos essenciais.

As normas sociais podem ser de diversas espécies: dentre elas, encontram-se normas costumeiras, normas da etiqueta, normas familiares, normas da educação etc. Elas existem com a finalidade principal de tornar a convivência entre as pessoas mais fácil ou, como costuma se dizer, menos difícil. Afirma, assim, o jusfilósofo inglês Hart (2001, p. 101): são regras de obrigação que devem

conter, de alguma forma, restrições ao livre uso da violência, ao furto e à fraude a que os seres humanos estão tentados, mas que devem reprimir, se pretendem coexistir em estreita proximidade uns com os outros.

O nascimento destes mandamentos se dá no seio de um grupo social e é este mesmo grupo que irá sancionar com diversos comportamentos os descumprimentos destas prescrições que porventura vierem acontecer. Percebe-se, desta maneira, que os castigos decorrentes das violações de normas sociais e

outras formas de pressão social implicando esforço físico ou o uso da força não são aplicados por uma instância especial, mas são deixados aos indivíduos

ofendidos ou ao grupo em geral. (HART, 2001, p. 103).

aplicação, as sanções sociais podem se apresentar com diversos graus de gravidade. Bobbio (1993) leciona que estes comportamentos sancionadores são graduados de três maneiras: primeiramente, pode ocorrer a simples *reprovação* do ato praticado; um segundo modo de repressão pode consistir na *expulsão do grupo* daquele que violou uma norma social; finalmente, a forma mais grave de sanção social se dá quando ocorre o *linchamento* do acusado pela transgressão.

Esta graduação das respostas dadas pela sociedade provém de uma outra característica da aplicação da sanção social, que é o imediatismo: a transgressão de qualquer norma social é punida pelo grupo geralmente no momento em que acontece. A conseqüência de tudo isto é que o humor do grupo condiciona o grau em que a sanção vai ser aplicada. Dependendo do ânimo social, a resposta à violação de uma mesma regra pode ser distinta, ou seja, uma mesma ação ilícita pode encontrar diferentes respostas por parte da sociedade. Isto gera uma falta de proporção entre a violação da norma e a resposta que é dada para este acontecimento (BOBBIO, 1993).

É esta *incerteza* na aplicabilidade, característica das sanções sociais, que o Direito cultuado pelos positivistas quer evitar. O efeito desta preocupação que aflige o formalismo jurídico é o que já foi tratado neste trabalho com a denominação de tese da estatalidade do Direito. Há, como diz Kelsen (1999, p.41), um *monopólio da coação* por parte da comunidade jurídica, ou seja,

a segurança coletiva atinge o seu grau máximo quando a ordem jurídica, para tal fim, estabelece tribunais dotados de competência obrigatória e órgãos executivos centrais tendo à sua disposição meios de coerção de tal ordem que a resistência normalmente não tem quaisquer perspectivas de resultar. É o caso do Estado moderno, que representa uma ordem jurídica centralizada no mais elevado grau³.

Numa tentativa de complementar a concepção do Direito como uma ordem de regras tão somente preocupadas com o exercício da força por parte dos órgãos coativos, parte-se da convicção de que a confusão entre o Direito e o Estado traz principalmente consigo a noção de que a ordem jurídica é, por excelência, institucionalizada. Essa institucionalização seria, para um positivismo jurídico considerado moderado, o traço diferencial mais importante entre a norma jurídica e a norma social, pois há uma valorização do ordenamento jurídico como um todo, e não somente de norma jurídica isolada (BOBBIO, 1993). Há um abandono de uma perspectiva *micro*, que é o estudo da norma jurídica em particular, em favor daquela *macro*, “na qual se estuda o Direito a partir do *ordenamento* em que ele se dá a conhecer positivamente, e que transcende a mera soma das normas” (GUERRA FILHO, 2002, p. 133).

Plenamente de acordo com este caráter institucional do Direito, e na tentativa de fundamentar uma teoria

³ Para uma abordagem do Direito como um conjunto de regras concernentes ao exercício da força, ver também: ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Genaro R. Carrió. 2. ed. Buenos Aires: Eudeba, 1997. p. 86-92.

que realmente o posicionasse como uma ordem normativa totalmente diversa das demais, Hart (2001) demonstra que, no ordenamento jurídico, existem dois tipos de regras que se complementam: as regras *primárias* e as regras *secundárias*⁴.

As regras consideradas *primárias* são aquelas que estabelecem direitos e deveres aos cidadãos, por isso também são conhecidas pelo nome de regras de *obrigação*. Hart (2001) comenta que este tipo de regra é muito comum na vida de uma sociedade. Na verdade, as normas sociais nada mais são do que regras de *obrigação* que têm a finalidade de evitar conflitos sociais. Mas, como bem adverte o jurista inglês, as regras segundo as quais um grupo vive “não formarão um sistema, mas serão simplesmente um conjunto de padrões separados, sem qualquer identificação ou marca comum, excepto, claro, a de que são regras aceites por um grupo particular de seres humanos” (HART, 2001, p. 102).

O Direito vai se destacar perante a ordem normativa social pelo fato de que possui alguns *remédios* que têm o escopo de converter um “regime de regras primárias naquilo que é indiscutivelmente um sistema jurídico”. Estes *remédios* seriam, para Hart (2001, p. 103), regras *secundárias* que complementarizam as regras *primárias* de obrigação.

Diante das deficiências apresentadas por um conjunto de padrões sociais, o ordenamento jurídico estabelece três soluções que se concretizam por meio de regras *secundárias*. O primeiro tipo de regra secundária é a *regra de reconhecimento*, que visa acabar com a falta de certeza sobre quais normas regem a sociedade⁵. Para isto, estabelece as condições para que uma regra possa ser considerada uma norma válida de um sistema jurídico. Especificará, como afirma Hart (2001, p. 104), “algum aspecto ou aspectos cuja existência numa dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce”.

As *regras de alteração* vão buscar solucionar o problema do caráter estático da ordem social. O conjunto de regras sociais somente é alterado por meio de um lento processo de crescimento, em que comportamentos permitidos pela sociedade passam a ser habituais e posteriormente

obrigatórios. Há, inversamente, um enfraquecimento destas normas a partir do momento em que os desvios, que antes eram tratados com severidade, passam a ser tolerados e, depois, não são mais percebidos (HART, 2001).

No sistema jurídico, as regras *secundárias* de alteração vão delegar competência a certos indivíduos “para introduzir novas regras primárias para a conduta da vida do grupo, ou de certa classe dentro dele, e para eliminar as regras antigas” (HART, 2001, p. 105). Além disto, podem as *regras de alteração* também regular o tipo de processo legislativo que será utilizado pelas autoridades ou órgãos competentes definidos por elas.

Uma terceira deficiência das ordenações sociais é a falta de eficácia de suas normas, que acontece muitas vezes pelo fato de que a aplicação das sanções está sempre a cargo dos próprios interessados ou, de forma impessoal, da sociedade. As *regras de julgamento* serão aquelas “que dão o poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma regra primária” (HART, 2001, p. 106). São regras *secundárias* que, além de delegar competência a certos órgãos para tomar decisões revestidas de autoridade sobre aplicabilidade das normas de obrigação em casos particulares, estabelecem quais procedimentos devem ser adotados para isto. Como diz Hart (2001, p. 107), “estas regras secundárias atribuem as ‘sanções’ oficiais centralizadas do sistema”.

Assumindo uma perspectiva semelhante à de Hart (2001) no que toca à institucionalização da sanção jurídica, Bobbio (1993) afirma que, para que a resposta dada à violação de uma regra jurídica *primária* seja considerada institucionalizada, faz-se necessário que esta resposta seja regulada, ou seja, devem existir regras precisas que controlem os meios de aplicação desta sanção. Considera, portanto, a existência de três características, que não necessariamente devem estar juntas, para se encontrar uma sanção institucionalizada:

- a) para toda violação de uma norma, é estabelecida a sanção relativa;
- b) é estabelecida, dentro de certos termos, a medida desta sanção;
- c) a execução desta sanção é feita por pessoas pré-estabelecidas para isto.

⁴ Diante desta diferenciação entre regras *primárias* e regras *secundárias* proposta por Hart (2001), é essencial advertir que nem todos os teóricos positivistas estão de acordo com a função que cada uma destas regras exerce. Kelsen (1999), por exemplo, também distingue entre normas *primárias* e normas *secundárias*: a norma primária seria aquela que prescreve uma sanção imposta por meio da força; as normas *secundárias* seriam meros derivados lógicos das normas primárias. No entanto, para o jurista austríaco, somente as normas *primárias* são consideradas normas jurídicas genuínas, o que significa que uma ordem jurídica é composta somente por elas. Como diz o próprio Kelsen, se a *coerção* “é um elemento essencial do Direito, então as normas jurídicas que formam uma ordem jurídica devem ser normas que estipulam um ato coercitivo, i.e., uma sanção” (2000, p. 62). Vilanova, seguindo os passos do argentino Carlos Cossio, diz que a norma jurídica possui duas partes: a norma *primária* (ou *endonorma*, na denominação de Cossio (apud VILANOVA, 1997), em que “estatuem-se as relações deontológicas direitos/deveres, como consequência da verificação de pressupostos, fixados na proposição descritiva de situações fácticas ou situações já juridicamente qualificadas”; a norma *secundária* (ou *perinorma*, na denominação de Cossio (apud VILANOVA, 1997), em que “preceituam-se as consequências sancionadoras, no pressuposto do não-cumprimento do estatuído na norma determinante da conduta juridicamente devida” (VILANOVA, 1997, p. 111); com relação à norma secundária como norma de direito processual, vide: VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 188-215. É esta conotação proposta por Lourival Vilanova que o Professor Titular de Direito Tributário da PUC-SP e da USP, PAULO DE BARROS CARVALHO, utiliza para fundar sua tão festejada Teoria da Norma Jurídica Tributária (vide: CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos de incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.).

⁵ Para uma crítica ferrenha à teoria do Direito de Hart, vide: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 23-125.

Nestes termos, o pensador italiano do Direito conclui que a primeira característica garante a *certeza da resposta*, a segunda garante a *proporcionalidade* e a terceira garante a *imparcialidade* (BOBBIO, 1993, p. 129-130).

Sendo o Estado moderno o modelo por excelência de uma instituição, entende-se o motivo pelo qual o positivismo jurídico diz que Direito é somente aquele produzido pelo Estado. Com efeito, o fato de que o sistema jurídico não só regula o emprego da força, mas que o faz como um monopólio de certos órgãos, é o que permite distingui-lo das demais ordens normativas (SANTIAGO NIÑO, 1995, p. 107). Por outro lado, os remédios enunciados para destacar as peculiaridades do Direito, além de proclamarem uma formação institucional, podem ser traduzidos por um só conceito que se encontra por trás da tese da estatalidade do Direito: a *segurança jurídica*.

3 Conclusão

Por tratar de tema tão delicado e essencial para a vida social, a Ciência do Direito sempre tentará buscar soluções que beneficiem uma vida em sociedade pacífica e plena. Não se pode negar, portanto, que as intenções do positivismo jurídico, ao defender a estatalidade do Direito, seriam as de alcançar este escopo principal da Dogmática Jurídica.

No entanto, faz-se necessário aludir que a modernidade, base epistemológica na qual se apóia o positivismo jurídico, está prestes a ruir. E este não é um problema que se deve deixar de lado, pois nunca é demais insistir que a teoria sempre influenciará sobremaneira a prática.

Adotando uma visão simplista do universo, se adotará uma visão simplista do Direito, e a paz social, objetivo máximo de toda ordenação jurídica, ficará cada vez mais distante. De nada adianta a busca por separações entre o que é institucional e o que não é institucional, entre o que é regra primária e o que é regra secundária se se deixa de lado uma concepção ética do Direito. Todo esforço analítico do formalismo juríco, assim, torna-se vazio.

Não se está aqui afirmando que os estudos analíticos ou conceituais da Dogmática Jurídica não têm valor algum, mas sim que eles devem obrigatoriamente ser complementados por análises empíricas, que buscam compreender os aspectos fáticos do fenômeno jurídico, e por observações críticas cuja finalidade principal é questionar e buscar uma decisão jurídica correta.

Ao adotar a concepção de um Direito estatal hermeticamente fechado e isolado, que traga soluções prontas para todos os conflitos instaurados na sociedade, não se está apenas andando na contra-mão da pós-modernidade, mas principalmente se afastando daquilo que é essencial para toda decisão jurídica: levar em consideração todas as peculiaridades de cada caso concreto através do princípio da proporcionalidade.

Referências

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos de incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1988.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, Karl. Prefácio. In: _____. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Tradução de Genaro R. Carrió. 2. ed. Buenos Aires: Eudeba, 1997.

SANTIAGO NIÑO, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.

SÓFOCLES. *Antígona de Sófocles*. Tradução de Millôr Fernandes. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi:IBET, 2003. v. 1.