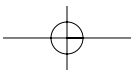
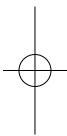
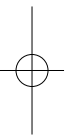


CAPÍTULO 1

O problema do positivismo jurídico



I. As posições fundamentais

O principal problema na polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral. Apesar de uma discussão de mais de dois mil anos¹, duas posições fundamentais continuam se contrapondo: a positivista e a não positivista.

Todas as teorias positivistas defendem a *tese da separação*. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais. A tese da separação postula que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral, entre aquilo que o direito ordena e aquilo que a justiça exige, ou entre o direito como ele é e como ele deve ser. O grande positivista jurídico Hans Kelsen resumiu essa ideia na seguinte fórmula: “Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser direito.”^{2*}

1. Assim, apenas para citar um exemplo, até hoje são distintas as respostas que se dão à pergunta, relatada por Xenofonte, feita por Alcibíades a Péricles: “Então, quando um tirano apodera-se de um Estado e impõe aos cidadãos o que eles devem fazer, isso também é uma lei?” (Xenofonte 1917, p. 16), se entendemos por “lei” uma lei juridicamente válida.

2. Kelsen, 1960, p. 201.

* Todos os trechos de outros autores citados nesta obra foram traduzidos diretamente a partir do original alemão de Robert Alexy. [N. da T.]

Assim, ao conceito positivista de direito restam apenas dois elementos de definição: o da legalidade conforme o ordenamento ou dotada de autoridade³ e o da eficácia social. As numerosas variantes do positivismo jurídico⁴ resultam das distintas interpretações e ponderações desses dois elementos de definição⁵. Todas elas têm em comum o fato de considerarem que o que é direito depende exclusivamente do que é estabelecido e/ou eficaz. Uma correção quanto ao conteúdo, seja de que natureza for, não tem nenhuma importância.

Em contrapartida, todas as teorias não positivistas defendem a *tese da vinculação*. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais. Apesar disso, nenhum não positivista que deva ser levado a sério exclui do conceito de direito os elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social. O que o diferencia do positivista é muito mais a concepção de que o conceito de direito

3. As expressões “legalidade conforme o ordenamento” e “legalidade dotada de autoridade” podem ser empregadas como sinônimas ou não. São empregadas como sinônimas quando se referem, em igual medida, a normas que estatuem a competência para o estabelecimento de normas, ou seja, que determinam quem está autorizado a estabelecer normas e de que forma. Ao estabelecer os critérios para a legalidade conforme o ordenamento, essas normas fundamentam a autoridade normativa. O que é estabelecido conforme o ordenamento também acaba sendo, sob essa condição, estabelecido com autoridade e vice-versa. Em contrapartida, as duas expressões não são empregadas como sinônimas quando apenas a expressão “legalidade conforme o ordenamento” refere-se a normas de competência, e a expressão “legalidade dotada de autoridade” remete apenas ou também ao poder fáctico para o estabelecimento de normas. Aqui é suficiente indicar essas variantes de significado. Como o fator do poder pode ser classificado como aspecto da efetividade da eficácia social, ambas as expressões serão empregadas, na sequência, como sinônimas. Na maioria das vezes, falar-se-á apenas em “legalidade conforme o ordenamento”.

4. Cf. a respeito Ott, pp. 33-98.

5. Cf. R. Dreier, 1991, p. 96.

O PROBLEMA DO POSITIVISMO JURÍDICO

5

deve ser definido de forma que, além dessas características que se orientam por fatos reais, inclua elementos morais. Mais uma vez, são possíveis as mais diversas interpretações e ponderações.

II. A relevância prática da polêmica acerca do positivismo jurídico

A polêmica acerca do conceito de direito é uma polêmica sobre o que é direito. A esse respeito, todo jurista tem uma ideia mais ou menos clara que se exprime em sua prática. De modo geral, o conceito de direito que serve de base à prática jurídica é postulado como evidente, e, em casos comuns, mesmo quando sua solução é contestável, considera-se desnecessário fazer reflexões acerca de tal conceito. O mesmo não acontece nos casos incomuns. Nestes, o conceito de direito que existe por trás de toda prática jurídica vem à luz e torna-se um problema premente. Isso pode ser esclarecido com base em duas decisões do Tribunal Constitucional Federal.

1. A INJUSTIÇA LEGAL

Na primeira decisão, aquela sobre a cidadania [*Staatsangehörigkeitsbeschluss*], de 1968, trata-se do problema da injustiça legal. Por motivos racistas, o § 2 do 11.º Decreto da Lei de Cidadania do *Reich*, de 25 de novembro de 1941 (RGBl. [*Reichsgesetzblatt, Diário Oficial do Reich*] I, p. 722), privava da nacionalidade alemã os judeus emigrados. O Tribunal Constitucional Federal tinha de decidir

se um advogado judeu, que havia emigrado para Amsterdã pouco antes da Segunda Guerra Mundial, devia perder a cidadania alemã de acordo com esse dispositivo. Em 1942, o advogado foi deportado de Amsterdã. Nada se sabia sobre seu destino ulterior. Por isso, era de supor que havia morrido, o que significa que se devia excluir a possibilidade de ele recuperar a cidadania alemã nos termos do art. 116, § 2 da Lei Fundamental.

O Tribunal Constitucional Federal chegou à conclusão de que o advogado nunca havia perdido sua cidadania alemã, uma vez que o 11.º Decreto da Lei de Cidadania do *Reich* era nulo *ab initio*. Eis sua fundamentação:

“O direito e a justiça não estão à disposição do legislador. A ideia de que um legislador constitucional tudo pode ordenar a seu bel-prazer significaria um retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valorização, há muito superado na ciência e na prática jurídicas. Foi justamente a época do regime nacional-socialista na Alemanha que ensinou que o legislador também pode estabelecer a injustiça (BVerfGE [Bundesverfassungsgericht, Tribunal Constitucional Federal] 3, 225 (232)). Por conseguinte, o Tribunal Constitucional Federal afirmou a possibilidade de negar aos dispositivos ‘jurídicos’ nacional-socialistas sua validade como direito, uma vez que eles contrariam os princípios fundamentais da justiça de maneira tão evidente que o juiz que pretendesse aplicá-los ou reconhecer seus efeitos jurídicos estaria pronunciando a injustiça, e não o direito (BVerfGE 3, 58 (119); 6, 132 (198)).

O 11.º Decreto infringia esses princípios fundamentais. Nele, a contradição entre esse dispositivo e a justiça alcançou uma medida tão insustentável que ele foi considerado nulo *ab initio* (cf. BGH, RzW [Bundesgerichtshof, Rechtsprechung zur Wiedergutmachungsrecht, Decisões do Supremo Tribunal de Justiça alemão sobre o direito de reparação], 1962, 563; BGHZ [Entscheidungen des Bundes-

gerichtshofes in Zivilsachen, Decisões em matéria cível do Supremo Tribunal de Justiça alemão] 9, 34 (44); 10, 340 (342); 16, 350 (354); 26, 91 (93)). Esse decreto tampouco se tornou eficaz por ter sido aplicado durante alguns anos ou porque algumas das pessoas atingidas pela ‘desnaturalização’ declararam, em seu tempo, estarem resignadas ou de acordo com as medidas nacional-socialistas. Pois, uma vez estabelecida, uma injustiça que infrinja abertamente os princípios constituintes do direito não se torna direito por ser aplicada e observada.”⁶

Esse é um argumento clássico do não positivismo. Uma norma estabelecida conforme o ordenamento e socialmente eficaz durante sua vigência tem sua validade ou – nesse ponto, a decisão não é unívoca – seu caráter jurídico negados porque infringe o direito suprapositivo.

Pode-se perguntar se na decisão sobre a cidadania esse argumento era realmente necessário. O Tribunal poderia ter tentado fundamentar sua conclusão aludindo exclusivamente ao fato de que o reconhecimento *atual* da eficácia jurídica da desnaturalização infringe tanto o princípio geral da igualdade, presente no art. 3, § 1 da Lei Fundamental, quanto a proibição de discriminação do art. 3, § 3 da Lei Fundamental.. No que se refere à decisão sobre a cidadania, essa possibilidade pode até minorar o peso do argumento não positivista, mas não sua relevância geral. Nem toda situação em que devem ser julgadas as consequências jurídicas de um regime injusto pode receber a aplicação de uma constituição como a da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Além disso, existem casos nos quais importa saber se a norma era nula desde o início, e uma constituição ulte-

6. BVerfGE [*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão] 23, 98 (106).

rior não tem como fazer isso. Basta pensar, por exemplo, em normas de um regime injusto, normas essas estabelecidas conforme o ordenamento e socialmente eficazes, que exijam ou autorizem medidas que atentem contra os direitos humanos⁷. Se aqueles que agiram de acordo com essas normas podem ser punidos após a derrocada desse regime injusto é uma questão que depende essencialmente – se não for promulgada nenhuma lei retroativa – do fato de essas normas terem sido nulas ou não desde o início.

2. A FORMAÇÃO DO DIREITO

Na segunda decisão, aquela sobre a formação do direito [*Rechtsfortbildungsbeschluss*], de 1973, trata-se da admissibilidade da formação do direito por parte do juiz em contradição com o enunciado de uma lei, ou seja, da admissibilidade de uma decisão *contra legem*. De acordo com o § 253 do BGB [*Bürgerliches Gesetzbuch*, Código Civil alemão], exclui-se a indenização em dinheiro por danos imateriais, salvo nos casos estritamente delimitados e previstos em lei. O Supremo Tribunal de Justiça alemão não se ateu a essa regra. Desde 1958, já concedeu em muitos casos indenização em dinheiro para lesões graves do direito de personalidade. No caso em tela, tratava-se da publicação por uma revista semanal de uma entrevista inventada sobre assuntos particulares e que teria sido concedida pela princesa Soraya, ex-mulher do último xá do Irã. O Supremo Tribunal de Justiça alemão concedeu à princesa Soraya uma indenização no valor

7. Cf., por exemplo, BGHSt [*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, Decisões em matéria penal do Supremo Tribunal de Justiça alemão] 2, 173 (174 ss.).

de 15.000 marcos alemães. Isso contrariava o enunciado do § 253 do BGB, que admite a compensação por danos imateriais “somente nos casos determinados por lei”. Evidentemente, o caso da princesa Soraya não estava entre eles. O Tribunal Constitucional Federal aprovou a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça alemão. Eis uma parte essencial de sua fundamentação:

“A vinculação tradicional do juiz à lei, um elemento sustentador do princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, do estado de direito, foi modificada na Lei Fundamental, ao menos em sua formulação, no sentido de que a jurisprudência está vinculada à ‘lei e ao direito’ (art. 20, § 3). Com isso, segundo o entendimento geral, rejeita-se um positivismo legal estrito. A fórmula mantém a consciência de que, embora, em geral, lei e direito coincidam facticamente, isso não acontece de maneira constante nem necessária. O direito não é idêntico à totalidade das leis escritas. Quanto às disposições positivas do poder estatal, pode existir, sob certas circunstâncias, uma excedência de direito, que tem sua fonte no ordenamento jurídico constitucional como um conjunto de sentido e é capaz de operar como corretivo em relação à lei escrita; encontrar essa excedência de direito e concretizá-la em decisões é a tarefa da jurisprudência.”⁸

Essa decisão é controversa. A crítica que se faz ao Tribunal Constitucional Federal é que os tribunais civis não poderiam decidir por si próprios sobre uma restrição do enunciado do § 253 do BGB. Pelo contrário, nos ter-

8. BVerfGE 34, 269 (286 s.). Com efeito, em decisões ulteriores, relativas à formação judicial do direito, muitas vezes o Tribunal Constitucional Federal mostrou-se mais moderado ao manifestar-se contra o enunciado da lei, mas manteve sua admissibilidade fundamental; cf. BVerfGE 35, 263 (278 ss.); 37, 67 (81); 38, 386 (396 s.); 49, 304 (318 ss.); 65, 182 (190 ss.); 71, 354 (362 s.); 82, 6 (11 ss.).

mos do art. 100, § 1 da Lei Fundamental, mediante o controle concreto de normas, teriam de recuperar uma decisão do Tribunal Constitucional sobre a constitucionalidade do § 253 do BGB⁹. A legitimidade dessa objeção depende, por um lado, da pertinência ou não da interpretação não positivista da cláusula “lei e direito” do art. 20, § 3 da Lei Fundamental, e, por outro, de como deve ser definida a relação entre esse dispositivo e o art. 100, § 1 do mesmo diploma, caso aquela interpretação seja correta. Aqui interessa somente o primeiro aspecto. A frase: “O direito não é idêntico à totalidade das leis escritas” conserva sua importância mesmo quando as decisões *contra legem* são consideradas inadmissíveis em geral, em virtude do processo previsto no sistema jurídico alemão pelo art. 100, § 1 da Lei Fundamental. O problema da decisão *contra legem* apresenta-se em todo sistema jurídico. Porém nem todo sistema jurídico conhece um processo de controle concreto de normas, da forma como ele é previsto pelo art. 100, § 1 da Lei Fundamental. Mais importante ainda é o fato de a relevância dessa frase ir além do âmbito das decisões *contra legem*, alcançando todos os casos duvidosos. Existirá um caso duvidoso, por exemplo, quando a lei a ser aplicada for imprecisa e as regras da metodologia jurídica não levarem necessariamente de modo exato a um resultado. Quem identifica o direito com a lei escrita, ou seja, quem defen-

9. Koch/Rüßmann, 1982, p. 255; cf. também Müller, 1986, pp. 69 s. O § 253 do BGB é direito pré-constitucional. Como direito pré-constitucional, e de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, o § 253 do BGB só pode ser examinado mediante o controle concreto de normas se o legislador federal “o tiver assimilado a sua vontade” (BVerfGE 64, 217 (220)). Não fosse assim, os tribunais civis poderiam ter declarado o § 253 do BGB como parcialmente inconstitucional por infringir o art. 2, § 1 c/c art. 1, § 1 da Lei Fundamental. Desse modo, estaria eliminada para eles a barreira do enunciado.

de a tese do positivismo legal¹⁰ deve afirmar que, nos casos duvidosos, a decisão é determinada por fatores extrajurídicos. Totalmente diversa é a compreensão do não positivista. Como não identifica o direito com a lei, para ele, a decisão também pode ser determinada pelo direito, se a lei não a estipular de modo coercitivo. Com efeito, as distintas concepções a respeito do que é direito não levam necessariamente a resultados distintos, mas podem levar.

10. Aqui se contempla somente uma variante do positivismo, a do positivismo legal. O argumento pode ser facilmente trasladado para outras variedades do positivismo.

