

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A CONSTRUÇÃO DA LEGITIMIDADE DO DIREITO POR MEIO DA FUNDAÇÃO
DO ORDENAMENTO JURÍDICO POSITIVO**

GABRIEL DE ARRUDA BORGES SIQUEIRA

Rio de Janeiro

2017.2

GABRIEL DE ARRUDA BORGES SIQUEIRA

**A CONSTRUÇÃO DA LEGITIMIDADE DO DIREITO POR MEIO DA FUNDAÇÃO
DO ORDENAMENTO JURÍDICO POSITIVO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dr.^a Ana Paula Barbosa-Fohrmann.

Rio de Janeiro

2017.2

GABRIEL DE ARRUDA BORGES SIQUEIRA

D619c

De Arruda Borges Siqueira, Gabriel
A CONSTRUÇÃO DA LEGITIMIDADE DO DIREITO POR MEIO
DA FUNDAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO POSITIVO /
Gabriel De Arruda Borges Siqueira. -- Rio de
Janeiro, 2017.
57 f.

Orientadora: Ana Paula Barbosa-Fohrmann.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Legitimidade. 2. Direito. 3. Juridicidade. 4.
Universidade Federal do Rio de Janeiro. 5.
Realidade Jurídica. I. Barbosa-Fohrmann, Ana Paula,
orient. II. Título.

**A CONSTRUÇÃO DA LEGITIMIDADE DO DIREITO POR MEIO DA FUNDAÇÃO
DO ORDENAMENTO JURÍDICO POSITIVO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professora Dr^a Ana Paula Barbosa-Fohrmann.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2017.2

RESUMO

Esta pesquisa tem o objetivo geral de analisar a construção da legitimidade do Direito à luz da fundação do ordenamento jurídico positivo, e os efeitos deste processo junto a sociedade. A elaboração deste trabalho contribui na área de estudos denominada Filosofia do Direito. O autor traça um paralelo entre Ciência e Direito para identificar pontos em comum a respeito da ideia legitimidade. Também reflete sobre a Constituição e o Positivismo jurídico, afim de compreender como se deu a fundação do ordenamento jurídico positivo. Além disso, a abordagem de aspectos relacionados à Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, dá relevante contribuição e embasamento à discussão. Por fim, ao abordar questões críticas pertinentes aos efeitos práticos da juridicidade, evoca o questionamento sobre a existência de uma crise de legitimidade do Direito contemporâneo. Uma possível resposta a esta problemática é fornecida por Ronald Dworkin, por meio do conceito de realidade jurídica.

Palavras-chave: Legitimidade. Ciência. Ordenamento Jurídico. Juridicidade. Teoria Pura do Direito. Realidade Jurídica.

ABSTRACT

This research has the general objective of analyzing the construction of the legitimacy of Law in the light of the foundation of the positive legal order, and the effects of this process with society. The elaboration of this work contributes in the area of studies denominated Law's Philosophy. The author draws a parallel between Science and Law to identify common grounds about the notion of legitimacy. It also reflects on the Constitution and legal Positivism, in order to understand how the foundation of the positive legal order was given. In addition, the approach to aspects related to Hans Kelsen's Pure Theory of Law gives relevant contribution and basis to the discussion. Finally, in addressing critical questions pertaining to the practical effects of juridicity, it evokes the questioning of the existence of a crisis of legitimacy in contemporary law. A possible answer to this problem is provided by Ronald Dworkin, through the concept of legal reality.

Keywords: Legitimacy. Science. Legal order. Juridicity. Pure Theory of Law. Legal Reality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 LEGITIMIDADE: UM PARALELO ENTRE CIÊNCIA E DIREITO	9
1.1 A CIÊNCIA COMO POSSÍVEL REFERÊNCIA DE LEGITIMIDADE	9
1.2 EM BUSCA DA COMPREENSÃO DO DIREITO	14
1.3 A QUESTÃO DA JURIDICIDADE	22
2 A FUNDAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO POSITIVO.....	27
2.1 POSITIVISMO JURÍDICO E A CONSTITUIÇÃO	27
2.2 HANS KELSEN E A <i>TEORIA PURA DO DIREITO</i>	31
3 HÁ UMA CRISE DE LEGITIMIDADE DO DIREITO?.....	40
3.1 A CRÍTICA HISTORICISTA AO DIREITO	40
3.2 AS CRÍTICAS DO VITALISMO E ANTI-JURIDICIDADE.....	43
3.3 RONALD DWORKIN E A <i>REALIDADE JURÍDICA</i>	47
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

A origem do termo filosofia remonta ao grego *philos*, que quer dizer amigo, e *sophos*, cujo significado é de conhecimento, sabedoria. Desse modo, o filósofo é tido como sendo o amigo do conhecimento. A filosofia está relacionada ao fato de vivermos em uma sociedade na qual o ato de pensar criticamente já não contempla, mais, a sua razão de ser.

O ponto de partida para a filosofia, portanto, é o pensamento, que deve ser compreendido como coerência lógica dos raciocínios e argumentos. Nesse ponto, é possível diferenciar a filosofia da teologia, tendo em vista que esta última revela como ponto de partida os livros sagrados e a fé pessoal. Também em relação à ciência é possível encontrar diferenciação, já que esta faz uso da experimentação. Com a arte a filosofia também não se confunde, pois não faz uso da intuição estética.

Indo mais além, tem-se na filosofia o uso da razão e manutenção da coerência das reflexões. Tais conhecimentos se inter-relacionam, revelando-se na filosofia os pressupostos para a ciência. Contudo, ao se analisar o ato de filosofar, tem-se no senso comum o seu ponto de partida, sendo este, também, o aspecto inicial considerado para o desenvolvimento das ciências.

No século XX, contudo, a filosofia passou a demonstrar que as ciências não são construídas a partir de princípios que podem ser considerados totalmente seguros e certos, revelando-se, com frequência, resultados precários e duvidosos. A partir de então, tem-se na Filosofia uma atuação voltada à afirmação de seu papel de compreensão e de interpretação crítica conferida às ciências, com discussão da validade de suas conclusões e princípios.

Neste estudo, a vertente do pensamento filosófico que norteia as considerações a serem estabelecidas é da Filosofia do Direito. Assim, é a partir de suas constatações, que a temática proposta será abordada, que tange à construção da legitimidade do direito por meio da fundação do ordenamento jurídico.

Diante disso, a questão-problema elaborada para ser respondida é a seguinte: Como se deu o movimento de construção da legitimidade do Direito através da fundação histórica do ordenamento jurídico, e ainda, se seria possível evidenciar uma crise da legitimidade jurídica em nosso tempo.

Logo, o objetivo geral da pesquisa é analisar a legitimidade do Direito à luz da fundação do ordenamento jurídico. Para atingi-lo, foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos: identificar uma possível referência de legitimidade na Ciência, para assim formar um paralelo entre Ciência e Direito, extraindo-se daí o válido reconhecimento da juridicidade; investigar os aspectos relativos à fundação do ordenamento jurídico, considerando, para tanto, pontos como o positivismo jurídico e a Constituição, e a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen; abordar algumas críticas à juridicidade, como vitalismo e a antijuridicidade, buscando evidenciar assim, com auxílio do pensamento de Filósofos do Direito, a situação da legitimidade do direito no mundo contemporâneo.

A justificativa para a elaboração desse estudo se dá a partir da necessidade sentida de se lançar um olhar direcionado às bases filosóficas da chamada pela comunidade acadêmica de Ciência do Direito. Acredita-se que os conhecimentos que serão aqui lançados através desta pesquisa, poderão contribuir bastante para a academia, enriquecendo as considerações que foram até então dispersas acerca desta questão, bem como estabelecendo uma análise pontual a respeito dos aspectos aqui delineados.

Para a sociedade, tal abordagem também apresenta destacada relevância, tendo em vista que são abordados, de forma simplificada, pontos de interesse geral, que, por serem analisados à luz da filosofia do Direito, poderiam talvez restringir o alcance das informações lançadas, o que tão logo se pretende excluir a partir de uma análise teórica pontual, que proporcione o adequado entendimento do tema proposto para estudo.

Em relação aos procedimentos metodológicos, acredita-se que se trata de pesquisa exploratória e explicativa, com uso de levantamento bibliográfico para a coleta de dados. A abordagem do problema é do tipo qualitativa, com análise de dados crítica de conteúdo.

Buscando proporcionar melhor apresentação dos resultados, propõe-se dividir o desenvolvimento desse estudo em capítulos, que foram estruturados a partir dos objetivos delineados para a pesquisa, visando, ao final, responder a questão-problema que fora inicialmente enunciada.

Destarte, no primeiro capítulo do desenvolvimento propõe-se estabelecer uma análise da ciência como uma referência possível de legitimidade, contemplando-a à luz do direito e da juridicidade. Para tanto, serão trazidas preliminarmente considerações acerca da construção da legitimidade, revelando-se como algo autêntico e legítimo tanto pela comunidade acadêmica como pela sociedade, destacando-se, na sequência, pontos relativos à compreensão do Direito. Nesse ponto, se buscará na Grécia antiga fundamentos para contemplar a análise pretendida, seguindo-se pela abordagem relativa à juridicidade, visando fechar o pensamento inicial inscrito no primeiro momento do estudo.

Na sequência, no segundo capítulo se pretende investigar aspectos relativos à fundação do ordenamento jurídico, considerando, para tanto, pontos relativos ao positivismo jurídico e à Constituição. Propõe-se, ainda, abordar aspectos relativos à Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, relacionando-os ao tema sob estudo.

Por fim, o terceiro capítulo busca abordar questões pertinentes ao historicismo, vitalismo e à antijuridicidade, buscando evidenciar a existência ou não de uma crise de legitimidade no direito contemporâneo.

Objetiva-se, pois, analisar a legitimidade do Direito na contemporaneidade à luz da fundação do ordenamento jurídico, e portanto, uma possível resposta aos críticos da normatividade que emana do Direito é fornecida por Ronald Dworkin, quando este apresenta o conceito de realidade jurídica.

1 LEGITIMIDADE: UM PARALELO ENTRE CIÊNCIA E DIREITO

O propósito deste primeiro capítulo é estabelecer um paralelo entre ciência e direito a partir da noção de legitimidade. Para tanto, optou-se por abordar, inicialmente, a ciência como possível referência de legitimidade. Na sequência, serão feitas considerações acerca das origens do Direito e do conceito de juridicidade.

1.1 A ciência como possível referência de legitimidade

A primeira lição acerca da construção da legitimidade perpassa a necessária identificação de algo considerado justificado pela sociedade e pela comunidade acadêmica, algo que se constitui em interesse comum das pessoas, que é a evidência da verdade.

Desse modo, importante lição é a trazida de Ferraz Jr.¹, ao sustentar que a Ciência deve ser contemplada como um exemplo notório de algo que é dotado de confiabilidade, tendo em vista que possui método próprio, autônomo, bem como maneiras objetivas e factíveis de provar suas hipóteses, enunciados ou afirmações.

Sendo assim, para o autor, o conhecimento que se obtém por meio da Ciência é construído a partir de constatações certas, “[...] cuja evidência, em determinada época, nos indica, em alto grau, que elas são verdadeiras”².

Para o autor, o viés de certeza nas constatações científicas permite contemplá-las como verdadeiros enunciados. Em contrapartida, a seu ver, os enunciados duvidosos ou de verificação insuficientes seriam, pelo menos à primeira vista, excluídos do conhecimento científico.

¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 8

² Idem, p. 9

A partir de tal premissa, Moraes³ busca aprofundar o conceito da Ciência ao refletir sobre sua universalidade e constância. Nesse sentido, faz menção a Aristóteles ao destacar que “[...] a ciência trata do universal, isto é, daquilo que é idêntico em todos os lugares, sempre se comportando da mesma forma. Seriam verdades necessárias, e nesse sentido eternas e constantes”⁴.

Como bem pontua Moraes⁵, este filósofo grego do período da história clássica deixou uma contribuição fundamental para o devido entendimento da Ciência e da possibilidade de considerá-la como um saber legítimo.

Por exemplo, ao se reconhecer a forma única de um ente, tem-se a possibilidade de relacionar diversos deles em um mesmo grupo, considerando suas características essenciais, que os configuram como espécie, ainda que se tratem de entes de aparência distinta em mera observação externa.

Desse modo, para Aristóteles⁶, a forma é causa fundamental do ente. Em outras palavras, é por meio de sua essência que um ente pode ser definido, sendo por essa mesma forma substancial que ele se mantém íntegro e constante no tempo e no espaço, tornando, desse modo, possível à Ciência a sua observação enquanto objeto-ente, permitindo a sua compreensão.

Partindo da natureza, e até mesmo do Direito, poderíamos conhecer verdadeiramente algo quando considerássemos as suas causas científicas⁷. De tal constatação, contudo, surgiria o seguinte questionamento: qual a essência do Direito?

O primeiro aspecto a se considerar quando da elaboração de uma resposta a tal questionamento é que, como restou demonstrado, a principal das causas é a formal, aquela que faz com que algo tenha uma forma única e determinada e que poderá ser analisada pelo olhar do observador-cientista.

³ MORAES, Renato José de. **Que tipo de saber é o direito? Entre a ciência, a prudência e a técnica.** Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 62, n. 1, jan-br. 2017, p. 83-111. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/47451>>.

⁴ ARISTÓTELES, *apud* MORAES, 2017. Op. cit. p. 88.

⁵ MORAES, 2017. Op. cit. p. 94

⁶ ARISTÓTELES, *apud* MORAES, 2017. Op. cit. p. 102

⁷ MORAES, 2017. Op. cit. p. 95

Consiste, também, no norte do conhecimento científico a busca pelo sentido das causas; na pesquisa de fatos conhecidos, para então se chegar a fatos desconhecidos, ocorrendo tal processo por meio do pensamento dedutivo⁸.

A dedução é aquela aplicada pela Matemática, o que torna possível a existência de teorias científicas, apresentando-se como seu sustentáculo. A validação das teorias se dá, pois, por meio do método dedutivo, que perpassa o crivo das experiências científicas⁹.

O seu estabelecimento é especialmente significativo para o próprio exercício da razão intrínseca à espécie humana, pois permite ao homem fazer uso da lógica. Sendo assim, um determinado raciocínio poderá ser considerado como lógico e coerente se corresponder às regras formais de estudo estabelecidos para a Lógica.

Para esta Ciência formal, vale dizer, não é o conteúdo de um enunciado que será objeto de estudo, mas, sim, os conceitos matemáticos da lógica, que indicarão se dado raciocínio é, de fato, falso ou verdadeiro¹⁰.

Nessa metodologia, o pensamento parte da observação de um determinado caso particular e específico para alcançar uma compreensão geral, na tentativa de firmar regras universais, as chamadas leis científicas.

Logo, se algum fenômeno possui um padrão de comportamento que se repete uniformemente em tempo e espaço, como, por exemplo, o fato de o Sol nascer todos os dias ou quando se percebe a presença da gravidade, exprime-se uma lei científica. A partir do reconhecimento do que torna único certo fenômeno, ou ainda, conhecer a essência deste é o que possibilita à Ciência afirmar uma lei.

Ambos os métodos, dedução e indução, são utilizados pela Ciência para investigar a realidade que cerca o ser humano. Sendo assim, a sistematização do conhecimento se revela como característica da Ciência que tem a sua importância conferida pela construção do

⁸ MORAES, 2017. Op. cit. p. 103

⁹ Idem.

¹⁰ Idem. p. 104

conhecimento que se tem acerca de dado fenômeno, que se revela, a seu turno, como objeto de estudo da Ciência. Nesse sentido, assim dispõe Ferraz Jr.¹¹:

[...] a Ciência não se limita somente a constatar o que existiu e o que existe, mas também o que existirá, ela tem um sentido operacional manifesto, constituindo um sistema de previsões prováveis e seguras, bem como de reprodução e interferência nos fenômenos que descreve¹².

É justamente tal condição de previsibilidade, conforme o autor, que confere legitimidade à Ciência, demonstrando a sua capacidade de por à prova a realidade dos fatos, bem como oferecendo condições de antecipação de eventos futuros e indetermináveis por si mesmos ao fazer uso de seus métodos de investigação científica.

Em razão da evolução das Ciências da natureza e do prestígio que estas alcançaram em todo o ocidente, não tardou para que inúmeros pensadores se voltassem para o conhecimento do ser humano e da sociedade pelo prisma da Ciência.

Nesse sentido, várias foram as tentativas estabelecidas de adequação dos modelos científicos a fenômenos humanos. René Descartes por exemplo, figura principal do Racionalismo, considerado fundador da Ciência moderna, aplicou a matemática à medicina e à moral. Tal constatação é possível ao se considerar que o filósofo buscava clareza e certezas, tanto materiais quanto espirituais, tais como eram, a seu ver, as obtidas por meio da aritmética¹³.

Diante de tal quadro, ainda que se consiga afastar qualquer pretensão acerca do esgotamento do diálogo sobre a construção epistemológica definitiva do termo Ciência e de seus significados, é possível depreender que o seu sentido tange à clara operacionalidade, revelando-se, assim, a transmissão de informações válidas com segurança entre e para a comunidade da espécie humana.

De modo geral, são estas as características que legitimam a Ciência perante a sociedade e que foram paulatinamente também reconhecidas pelo Direito por meio do desenvolvimento de pensamento acerca do fenômeno jurídico, como será exposto no decorrer deste estudo monográfico.

¹¹ FERRAZ JR., 2014. Op. cit. p. 10

¹² Idem, p. 23.

¹³ Idem.

Por fazer menção às Ciências da natureza, é importante evidenciar que é possível subdividir a Ciência em duas categorias distintas, quais sejam, Ciências da Natureza e Ciências Humanas. A diferença entre uma e outra é estabelecida a partir de seu objeto de estudo e do método científico utilizado¹⁴.

Em relação ao objeto de estudo não se verifica maiores problemas no estabelecimento de elementos diferenciadores entre uma e outra subcategoria da Ciência, já que o objeto da primeira – Ciências da Natureza – é o estudo da natureza e seus fenômenos, ao passo que o da última – Ciências Humanas – consiste no fenômeno humano objetivamente¹⁵.

Deve-se, porém, evidenciar que, para a Ciência, há somente um método, muito embora seja possível contemplar uma variedade de técnicas possíveis de uso para um mesmo método. A metodologia da Ciência, também denominada método científico, quando aplicado ao estudo de fenômenos naturais, se mostra determinística e descritiva em relação ao objeto de seu estudo.

Para a maior parte da doutrina, contudo, não revela um método adequado para observação do fenômeno humano¹⁶. No entanto, não se tem como tarefa das mais difíceis, que tanja à impossibilidade, a comparação e estabelecimento de relação entre os dois campos do conhecimento científico. A esse respeito, veja-se o seguinte trecho:

Nos fenômenos naturais, o método de abordagem refere-se à possibilidade de explicá-los, isto é, constatar a existência de ligações constantes entre fatos, deles deduzindo que os fenômenos estudados daí derivam. Já nos fenômenos humanos se acresce à explicação o ato de compreender, isto é, o cientista procura reproduzir intuitivamente o sentido dos fenômenos, valorando-os¹⁷.

Tendo em vista que o ato de compreender o fenômeno da existência humana carrega em si o ato de valoração, ou seja, de atribuir valor à algo, a Ciência humana torna-se, além de descritiva, compreensiva.

Desse modo, tendo sido apresentado o conceito de Ciência em termos gerais, mas longe da pretensão de esgotar a discussão epistemológica acerca do termo, espera-se demonstrar que

¹⁴ FERRAZ JR., 2014. Op. cit. p. 10

¹⁵ Idem.

¹⁶ FERRAZ JR., 2014. Op. cit.

¹⁷ Idem, p. 11.

a Ciência possibilita à sociedade meios de transmissão do conhecimento de forma confiável e segura.

Deduz-se, desse modo, que a Ciência pode ser considerada como uma referência geral de legitimidade, tornando-se possível o estabelecimento de um paralelo entre o Direito e a Ciência, já que, nesta parte do estudo, se busca o reconhecimento da construção da legitimidade do Direito por meio da fundação do ordenamento jurídico.

1.2 Em busca da compreensão do direito

É relevante compreender o que é o Direito e do que trata o fenômeno jurídico para que possa ser estabelecida uma relação de confiança das pessoas nas garantias e deveres que o Direito busca promover em prol da sociedade. Em outras palavras, para que se descubra o que faz o Direito ser considerado legítimo, é preciso antes, conhecê-lo.

Quando se toma a iniciativa de investigação das raízes do Direito, é possível perceber que tal necessidade já se manifestava em discussões acaloradas entre os filósofos da Grécia antiga, quando já se discutia, por exemplo, a diferença entre as ideias *physis* e *nomos*¹⁸.

Na concepção dos filósofos gregos, *physis* consistiria, segundo Goyard-Fabre¹⁹, na existência da natureza, entendida como criação perfeita da lei divina dos deuses ou do cosmos, eterna, imutável, não-escrita e que representava a verdadeira ordem natural das coisas.

Também naquele tempo, os entendimentos estabelecidos acerca do que seria o *nomos* eram por muitas vezes conflitantes, pois se confundiam entre leis escritas e não escritas, evidenciando, assim, o embate entre uma lei positiva, ou seja, escrita e determinada objetivamente e a lei natural como por exemplo, os costumes. Por exemplo, tanto os chamados sofistas quanto Platão e Sócrates discorreram sobre tal dualidade.

¹⁸ GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 6

¹⁹ Idem.

O primeiro grupo, aqui representado pelo filósofo Protágoras, considera que *nomos* são construções artificiais com o objetivo de preservar a comunidade, apresentando utilidade para ordenação da vida civil.

Já Platão, em posicionamento contrário aos sofistas, afirma que a percepção de incompletude do homem, que possui necessidade de objetos para sobreviver e da companhia de outras pessoas para afastar a solidão, afasta de *nomos* a capacidade de satisfazer totalmente tais necessidades dos cidadãos de Atenas. Sócrates, a seu turno, desejava que a lei das Cidades seguisse a ordem da natureza, que em sua opinião era perfeita²⁰.

Goyard-Fabre²¹, em importante contribuição, tece o panorama definitivo do que ela denomina “cabo das tormentas” da filosofia do Direito, qual seja, a questão acerca do jusnaturalismo e positivismo, já presente de forma embrionária na discussão sobre *physis* e *nomos*. Nesse sentido, a autora assim expõe:

A natureza não deu a todos os mesmos caracteres ou as mesmas disposições e fez um para uma coisa, o outro para outra. As diferenças e as complementaridades naturais repercutem na Cidade. E claro que o anticonvencionalismo de Sócrates exprime-se sobre um pano de fundo de filosofia naturalista e organicista em que o todo engloba as partes, de modo que as leis positivas da Cidade não poderiam ter outro paradigma senão as leis naturais da totalidade cósmica. O ser do mundo é a referência ontológica obrigatória de toda legislação civil. O problema com que Platão depara não é, portanto, o da antinomia sofística entre *nomos* e *physis*, mas o problema da relação entre a lei/convenção (ou lei positiva) e a lei cósmica (ou lei natural)²².

Já no Império Romano, o Direito era considerado uma arte, sendo possível identificar as virtudes do que era considerado bom e justo na sociedade romana. Porém, ainda não havia clareza do que era o Direito em si e a existência do fenômeno jurídico era concebido de duas maneiras: uma por meio do direito natural, quando decorrente do que era considerado equitativo e bom para os cidadãos do império; e a outra pelo direito civil, quando versava sobre o que era útil para todos ou para a maioria em cada cidade da civilização latina²³.

²⁰ Idem. p 15.

²¹ GOYARD-FABRE, 2007. Preâmbulo. p. 18

²² Idem. p.15

²³ Idem. p 142.

Mais especificamente naquela época já se constatava que o Direito se manifesta tão logo um grupo de pessoas se habituava à vida em sociedade, ou seja, a partir da convivência entre indivíduos de maneira não-nômade.

Desse modo, para eles, o Direito se revela como sendo uma realidade social e experimentado pela sociedade por meio do contato dos indivíduos com as normas jurídicas, como expresso na máxima latina *ubi ius ibi societas*²⁴.

O Direito é um produto da vida em sociedade mesmo que nem toda sociedade seja regida por normas jurídicas. Pois uma organização criminosa, por exemplo, é também uma sociedade organizada, porém de criminosos, fato que não conjuga das normas jurídicas consideradas legítimas²⁵.

Mas foi somente a partir do século XVI, com o trabalho de pensadores que se dedicaram ao estudo da experiência do Direito, os denominados jurisconsultos, que se iniciou a reflexão acerca dos múltiplos significados do conceito de Direito, conduzindo o pensamento até então concebido para além de sua simples vivência e experimentação cotidiana.

Os jurisconsultos buscavam compreender sobre o que se tratava afinal o Direito, o que somente seria possível por meio da busca estabelecida pela essência do fenômeno jurídico e da identificação de como esta se manifestava no mundo real²⁶.

Não obstante, outros campos do conhecimento tentavam abarcar o conceito de Direito para si. Isto se dava, por exemplo, quando se considerava elementos de conexão do Direito com o cosmos ou com a ordem natural das coisas, ideias estas vinculadas ao já conhecido direito natural. Ou mesmo a Igreja que, por toda Idade Média, difundiu o direito divino por sua visão teocêntrica. E também na visão da Ciência Política o Direito seria aquele determinado por um poder de Estado soberano.

²⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo: Edipro, 2012. p. 31.

²⁵ Idem. p. 32

²⁶ GOYARD-FABRE, 2007. Op. Cit. preâmbulo. p. 16

Portanto, quando se tentava explicar o Direito sob a égide de outros campos, novas dificuldades surgiam para a compreensão do Direito, já que não era contemplado por si só, estando sempre relacionado a outros campos de conhecimento²⁷.

Vale ressaltar que esta quantidade de significados atribuídos ao Direito não é simples fruto do acaso, pois a teia de relações que o Direito foi construindo com as diferentes áreas do saber humano acabou por dificultar a caracterização específica do Direito. Nesse sentido, importante contribuição é conferida por Goyard-Fabre, ao assim sustentar:

Corresponde à ambiguidade essencial de seu conceito: na verdade, a multiplicidade de relações que o direito mantém com outros campos da existência humana mostra a dimensão da dificuldade existente para circunscrever seu campo próprio, o que obsta a um empreendimento de definição rigorosa. Tanto em sua extensão como em sua compreensão, o conceito de direito se mostra rebelde ao aclaramento²⁸.

Desse modo, compreender a existência do Direito para além de sua simples experimentação na vida prática se mostrava como sendo uma tarefa difícil, na medida em que se encontrava comprometida a própria autonomia do Direito em relação a outras esferas da vida humana, o que prejudicava sua compreensão.

No entanto, a verdadeira natureza do conceito de Direito é estabelecida a partir de sua própria especificidade conceitual. Ou seja, da delimitação de seu próprio campo de conhecimento.

Diante deste apontamento, para que seja possível conceber tal especificidade, segundo Goyard-Fabre, é necessário destacar o Direito de interferências alheias, o que seria possível quando se promove uma “[...] emancipação da esfera jurídica em relação aos campos vizinhos que sempre a ameaçaram de absorção ou esmagamento e lhe embaçaram o conceito”²⁹.

Desta maneira, as primeiras tentativas de emancipar o conceito do Direito partiram, por exemplo, do juriconsulto holandês Hugo Grócio, ao afirmar que o Direito seria independente da existência ou não de Deus ou de alguma ordem divina para além da humanidade.

²⁷ Idem.

²⁸ GOYARD-FABRE, 2007. Op. cit. preâmbulo. p. 18

²⁹ Idem, preâmbulo. p.19.

Em outras palavras, para compreender o conceito de Direito, por meio do conhecimento de seu sentido e valor, não seria mais necessário questionar uma relação incompreensível entre o homem e o divino, pois seria a partir da racionalidade humana e de seus procedimentos que se constrói, de fato, o Direito³⁰.

Assim se configura um momento histórico crucial, dado que o reconhecimento da razão não tardou a modificar as constatações sobre a realidade que cercava o homem. Foi a partir de tal mudança que se avançou na compreensão do conceito de Direito, e a sua pluralidade de significados foi, então, sintetizada pelo jurista holandês em três aspectos:

O primeiro, de acordo com o qual o Direito está relacionado com o que é justo. O segundo reside em que o Direito designa capacidades da pessoa. Já o terceiro e último aspecto consiste em que o Direito se identifica com a lei, ou seja, um conjunto de regras objetivas de cunho obrigatório para ordenar a sociedade. É o que constata Goyard-Fabre:

Assim, quando Galileu, mais categoricamente que Copérnico, revoluciona as ciências da natureza e proclama a autonomia da física e da matemática, quando Descartes faz a descoberta metafísica do homem, Grócio considera a independência do conceito de direito, desde que seja reportado à razão humana como à sua verdadeira fonte³¹.

Desse modo, tal conjuntura conduziu a percepção da razão humana, como ideia revolucionária da Ciência. Foi este pensamento que resultou na ruptura definitiva do Direito com a Igreja, isto é, na dessacralização do Direito e na consequente alçada do homem como referência principal do fenômeno jurídico.

Em outras palavras, a racionalidade realizou a aproximação do Direito das características inerentes ao homem, afastando-o da crença no divino como criador das normas jurídicas e do fenômeno jurídico³².

É nesse momento histórico que o filósofo Thomas Hobbes reafirmou o caráter de laicidade do Direito na figura de sua criação teórica do Estado-leviatã, que seria a única entidade

³⁰ Idem. preâmbulo. p.20

³¹ GOYARD-FABRE, 2007. Op. cit. preâmbulo. p.22

³² Idem. preâmbulo. p.23

habilitada para produzir o Direito enquanto lei ou normas, o fazendo por meio do poder de legislar, exclusivo do Estado³³.

O Estado, por sua vez, é formado por um acordo hipotético comum entre todos os homens, uma espécie de contrato social, estabelecido por meio da razão humana. Sua essência é traduzida no fato de os indivíduos abdicarem de viver em estado de natureza, concordando em transferir a defesa e tutela de seus direitos para o Estado soberano racionalmente construído. Na análise de Simone Goyard-Fabre:

Seja como for e, mais uma vez, desconsiderando a questão das fontes, constata-se que Hobbes inaugura a corrente filosófica do individualismo. As consequências dessa opção filosófica serão consideráveis, pois, de par com o racionalismo, o individualismo fornece a chave do “contrato social” considerado, nos séculos XVII e XVIII, o princípio gerador das sociedades políticas. A ruptura é clara: embora Deus seja efetivamente o Criador do mundo, não é seu legislador imediato. O recuo do teologismo e do idealismo é tamanho que, embora não seja suficiente para laicizar integralmente o direito, impõe uma revisão da normatividade jurídica, cujos fundamentos pertencem doravante à racionalidade do homem-sujeito³⁴.

Assim se configura um ineditismo no pensamento filosófico do direito, quando o caráter estatal do Direito é estabelecido, ocorrendo a definitiva separação conceitual do direito natural, aqui também relativo a direitos da natureza humana, tais como liberdade e auto-preservação, e do Direito positivo, enquanto leis e regras postas pela instituição do Estado com objetivo de ordenar a vida em sociedade).

O direito natural, ainda conforme Hobbes, não seria o Direito em si, tampouco indicaria a visão clássica de justiça natural capaz de manter uma ordem harmoniosa da vida nas cidades. Ao contrário, estaria relacionado com a potência ou vontade que o indivíduo tem de se manter vivo em um hipotético estado de natureza sem a presença da sociedade ou do Estado.

Por isso, as leis que são produzidas pelo Estado só poderiam promover as regras e ordens do direito se estas estivessem de acordo com a lei fundamental da natureza, aquela que, por sua vez, corresponderia aos direitos naturais do indivíduo em estado de natureza³⁵.

³³ Idem.

³⁴ Idem, p. 47

³⁵ GOYARD-FABRE, 2007. Op. cit. p. 48

É neste ponto que se percebe que, nem o direito natural clássico da época greco-romana, nem o direito considerado como as leis produzidas por um Estado soberano fundamentado em uma lei natural, foram suficientes para o esclarecimento da essência do Direito, pois ambas tinham o seu sustentáculo em constatações meta-jurídicas e não essencialmente jurídicas.

Daí se poderia afirmar que, assim como na Ciência, seriam apenas as constatações jurídicas verdadeiras que constituem o Direito, realizando-se, desse modo, o paralelo entre Ciência e Direito na busca pelo entendimento da construção da legitimidade do Direito³⁶.

Todavia, ainda que a racionalização do Direito fosse capaz de demonstrar como uma norma poderia ser criada pelo poder soberano de um Estado, esta norma, ao estar vinculada às fundações intangíveis dos aclamados direitos da natureza do homem ainda não possuía o que a Filosofia do Direito denominou de juridicidade. Nas palavras de Goyard-Fabre:

No entanto, mesmo quando os direitos de cada qual só adquirem sentido na dimensão de universalidade deles, sua natureza propriamente jurídica cria problemas. Com efeito, esses direitos que a natureza deu a todos os indivíduos são, por si só, desprovidos de efetividade jurídica porque nada lhes concede garantia por princípio. (...) Compreenda-se que os direitos individuais possuem de fato, em sua natureza e por si só, uma validade metafísica *a priori*, mas não força jurídica efetiva. Enquanto a legislação positiva do Estado não os tiver avalizado e garantido, os direitos do indivíduo permanecem direitos latentes: uma simples promessa de direito³⁷.

Diante de tal constatação, é possível compreender que a força jurídica efetiva se destaca como sendo o elemento que capacita o Direito de atuar na vida prática de uma sociedade e que o torna eficaz, ao contrário de um estado de natureza, em que não existem acordos que possam determinar como o Direito será aplicado para a resolução de qualquer questão de ordem prática ou, ainda, do que seria justo ou injusto³⁸.

Desse modo, os direitos naturais não são dotados de legitimidade ou de eficácia, já que não detém o atributo da juridicidade. Desse modo, esta força jurídica dotada de eficácia nem pode advir do uso de violência nem pode ser utilizada por um sujeito soberano, nem mesmo pelo Estado hobbesiano, que detém o monopólio da força física e que dela faz uso somente para

³⁶ BOBBIO, 2012. Op. cit. p. 34

³⁷ GOYARD-FABRE, 2007. Op. Cit. preâmbulo. p. 30

³⁸ BOBBIO, 2012. Op. cit. p. 55

submeter seus súditos a ordens irrestritas, pois isto afastaria definitivamente o Direito e o tornaria ilegítimo. Mas uma vez, explica a autora:

O único direito que é verdadeiramente jurídico é o *jus civile*; ele traz a marca do racionalismo e do voluntarismo que a instituição do Estado e o exercício de sua autoridade exigem. No Estado, o direito, determinado e definido pela lei civil, nada mais tem a ver com o direito de natureza. Ele se desenha como um tecido de regras prescritivas e obrigatórias que, em seus comandos ou suas proibições, conferem teor e limites ao justo e ao injusto, ao lícito e ao ilícito, mas também à propriedade, ao roubo, ao direito de família etc. Essa mutação da forma do direito provoca a metamorfose de seu sentido: enquanto o *jus naturae*, sendo apenas uma força ou um poder do indivíduo a serviço de seu querer-viver originário, era desprovido de juridicidade, o *jus civile*, por sua gênese e por sua forma, introduz a normatividade na sociedade dos homens; seu sentido é inseparável de sua finalidade, que implica a revisão da noção do justo: é justo o que não vai contra a lei do Estado. Essa mutação, evidentemente, não ocorre sem um preço: enquanto o direito de natureza se identificava com a “liberdade” no sentido mecanicista do termo, o direito civil impõe a todos uma inelutável *coação*. Sobre esse ponto, os leitores de Hobbes cometeram um erro ao deixar de ver que essa coação, longe de ser uma coerção feita de violência, é o próprio *critério* do jurídico. Será preciso esperar que Rousseau e Kant extraiam o ensinamento de Hobbes para compreender que, na sociedade civil, o direito privado está necessariamente subsumido no direito público: os direitos do cidadão têm de estar fundados e garantidos pela ordem objetiva determinada pelo poder legislador do soberano³⁹.

Desta forma, realizada a clara distinção dos conceitos de direito natural e de direito civil, entende-se que sua diferença marcante reside na substituição da liberdade absoluta de agir do indivíduo em estado de natureza, em que não se tem garantia alguma de que qualquer direito seja respeitado ou observado (inclusive o direito à auto preservação da vida), pelo critério jurídico do direito civil, que impõe a toda coletividade de indivíduos a coação da normatividade, a lei, ao mesmo tempo em que torna todos os indivíduos em sujeitos de direito.

Quanto à questão da coação, ou força jurídica, um dos maiores expoentes do período iluminista, o filósofo francês Jean Jacques Rousseau, autor de O Contrato Social, contribui no importante esclarecimento desta questão-chave. Ele afirma que o domínio social pelo uso da força carregada de violência física faria com que a vida perdesse o sentido, não havendo mais liberdade, autonomia individual ou justiça⁴⁰.

³⁹ Idem, p. 145.

⁴⁰ ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1999. p.11

Assim, se o mais forte tivesse poderes ilimitados, isso somente conduziria a dois cenários caóticos: o da escravidão perpétua e o de uma guerra infinita para tornar-se o mais forte, situação muitas vezes preconizada pelos críticos do jusnaturalismo, como o próprio Rousseau.

Daí observar que a força jurídica eficaz é aquela que permite ao Direito agir legitimamente dentro da sociedade, que não se confunde com o uso da violência física. Nas palavras de Rousseau:

Ceder à força é um ato de necessidade, não de vontade, quando muito um ato de prudência. [...] Admitindo-se que é a força que cria o Direito, o efeito muda com a causa: toda força que supera a primeira tem direito de sucedê-la. Admitindo-se que se pode desobedecer impunemente, então se pode fazê-lo legitimamente, e uma vez que o mais forte tem sempre razão, trata-se somente de se fazer o mais forte⁴¹.

É oportuno salientar que Rousseau não é considerado jusnaturalista tampouco positivista. Para o filósofo francês, o direito natural não é mais o paradigma do Direito: apesar deste autor creditar a origem do Direito a Deus, ele considera o homem ineficaz no recebimento das ordens divinas, por isso a necessidade de um governo e das leis para instituir o Direito⁴².

Em outras palavras, para Rousseau, é a fixação do Direito pelas leis que permite ao homem ser livre e justo, e só haveria justiça, liberdade ou igualdade por meio da lei, ainda que estes valores fossem considerados por ele como direitos da natureza humana, daí não mais importava serem considerados direitos divinos ou racionais.

1.3 A Questão da Juridicidade

Como anteriormente destacado, a Ciência pode ser concebida como uma referência de legitimidade, pois seus métodos e seus enunciados, leis, teorias e normas formam um conjunto de características que a revestem de confiabilidade, segurança, estabilidade e previsibilidade. Tal conjunto de suas características principais é denominado cientificidade⁴³.

⁴¹ Idem, p. 12

⁴² Idem. p. 16

⁴³ FERRAZ JR, 2014. p. 18

Logo, é justamente a cientificidade que confere legitimidade à ciência. Desta forma, o paralelo que se vislumbra entre Ciência e Direito se dá ao perceber que a juridicidade se assemelha à cientificidade, na medida em que aquela é um conjunto de características jurídicas que tornam o Direito confiável, estável, eficaz e que, por consequência, promoveria a legitimidade do Direito.

Porém, para Immanuel Kant⁴⁴, o direito metajurídico do estado de natureza tem de se tornar, no estado civil, um direito definitivo, e assim conseguir alcançar a juridicidade, a característica fundamental que torna o Direito possível e eficaz no plano fático.

Desta maneira, a busca para conferir juridicidade ao Direito se consagrou no período histórico denominado Iluminismo, cujo fato histórico no campo jurídico foi a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 26 de agosto de 1789, o marco legal da Revolução Francesa que derrubou o antigo regime monarquista francês⁴⁵. Como assevera Goyard-Fabre:

Os direitos naturais de cada um - a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão, como diz o artigo 2º da Declaração Universal - são decerto “imprescritíveis” e “sagrados”. Mas eles permanecem propriedades éticas com virtualidade jurídica enquanto o Estado, com suas leis e sob uma Constituição, não os protege em seus cidadãos das usurpações do Poder e das ameaças dos outros indivíduos. Os *direitos* necessitam da mediação do *direito* para adquirir um valor jurídico que não possuem por si sós⁴⁶.

É válido destacar a época do Iluminismo como especialmente influente no pensamento sobre o Direito, já que Kant, em 1797, teria se proposto a conceituar definitivamente o Direito, afirmando tratar-se de uma relação jurídica intersubjetiva, perceptível externamente, entre um sujeito que tem direitos e deveres para com outro que, igualmente, os possui, sendo certo que ambos livremente acordam em obedecer às regras do Direito.⁴⁷

Em outras palavras, uma relação prática-objetiva entre ao menos duas pessoas, regulada por uma norma jurídica, cuja existência poderia ser verificada, através daquela própria relação jurídica.

⁴⁴ KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2013. p. 75

⁴⁵ GOYARD-FABRE, 2007. p. 63

⁴⁶ Idem, p. 64.

⁴⁷ KANT. Op. Cit. p. 92

Desse modo, a juridicidade seria a força eficaz, também denominada força coativa, que permite a existência de uma relação jurídica entre sujeitos de direito (cidadãos) e o Estado. Da juridicidade surge a lei civil, ou ainda, o direito objetivo e positivo, o que será apresentado no capítulo seguinte.

Por hora, o que se tem é que a juridicidade é o que materializa o direito no plano das coisas reais e tangíveis, uma característica capaz de conferir validade e eficácia às normas jurídicas. Nesse sentido é o seguinte trecho, extraído da obra de Goyard-Fabre:

Contra o poder pessoal, contra o direito divino, contra a ordem natural, afirmam a ordem racional do *corpus* das regras de direito e atribuem ao Estado do cálculo, cujo soberano poder provém do contrato social, a pesada e sublime tarefa de se constituir, sob a Constituição, como desejara Rousseau, em instituidor de justiça e de liberdade. A Declaração dos direitos de 26 de agosto de 1789, em seu artigo 16, é explícita: “Qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada nem a separação dos poderes determinada não tem Constituição.” Em outras palavras, no círculo intelectual da Revolução Francesa, a Constituição é efetivamente, na sociedade civil e mesmo quando a Declaração glorifica “os direitos naturais” do homem, o fundamento do direito público e do direito privado. (...) Em todo caso, os debates da Constituinte revelam a preocupação de inserir o direito positivo do Estado francês, habilitado a proteger em cada indivíduo seus direitos naturais e imprescritíveis, no âmbito de uma racionalidade formal. A esperança jurídica está no apogeu: as regras de direito, sob a Constituição, serão, no futuro, os instrumentos do progresso político, social e ético. Porque, como declara La Fayette, “o ato constitucional é a lei das autoridades constituídas” - idéia consagrada pela Constituição de 1791 em seu título I: “Disposições fundamentais garantidas pela Constituição” -, o constitucionalismo, em sua dimensão jurídica, desde então parece ser, para todo um povo, o motor de seu destino. Coube às Assembléias Revolucionárias francesas conceder à idéia de Constituição um lugar central no edifício do direito estatal⁴⁸.

Desse modo, o que se tem é que a juridicidade pode ser considerada um fundamento de todo ordenamento jurídico válido, integrando a essência do fenômeno jurídico. Em tal roupagem, ela confere validade ao Direito quando este se encontra sob a tutela do Direito de Estado, o Direito Público.

Então, do momento histórico que culmina na Revolução Francesa, a juridicidade é considerada a premissa necessária para que o Direito positivo se estabeleça como direito legítimo, e sua manifestação se daria justamente por meio da promulgação definitiva de uma Constituição.

⁴⁸ GOYARD-FABRE, 2007, p. 124-125.

A este respeito, porém, se verá mais detidamente no capítulo seguinte, que tem por objetivo analisar aspectos relativos à fundação do ordenamento jurídico positivo e à obra da corrente doutrinária do Direito chamada Positivismo jurídico, a *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen.

2 A FUNDAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO POSITIVO

No segundo capítulo, o propósito é conferir o direcionamento pretendido para o estudo, considerando os aspectos que foram apresentados no capítulo 1 a título de contextualização de temas importantes para o conhecimento do Direito enquanto fenômeno histórico-social. A partir desse momento, poderemos investigar os aspectos relativos à fundação do ordenamento jurídico positivo junto à sociedade. Para tanto, serão feitas considerações acerca do positivismo jurídico e da Constituição de um país, destacando, ainda, aspectos concernentes à *Teoria Pura do Direito*, elaborada pelo jurista austríaco Hans Kelsen.

2.1 Positivismo jurídico e a Constituição

Como forma de estabelecer, para a abordagem proposta nessa parte do estudo, as considerações pretendidas, será feita uma breve incursão histórica na temática apresentada, revelando as origens do positivismo jurídico para, após, adentrar os aspectos a serem aqui pontuados.

A partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, as populações e os governos dos Estados-nação europeus se viram diante da oportunidade de garantir direitos básicos como liberdade, igualdade e fraternidade entre os homens. Tal intento fora efetivamente manifesto na Revolução Francesa e no arcabouço teórico que fora construído pelos pensadores do Iluminismo.

Todavia, não bastava que tais ideais fossem declarados por si só. Havia necessidade de que eles fossem aplicados enquanto direitos legítimos e dotados de eficácia, para que se pudesse fazer valer na realidade social. Inclusive, a falta de liberdade, dignidade ou isonomia se constituiria fatalmente em fator de infelicidade para o ser humano, como já havia sido afirmado por Rousseau.

Porém, naquele momento, tais direitos, denominados universais, não estavam garantidos pelos fundamentos metafísicos do direito de natureza ou tampouco pela criação racional do Estado.

Diante de tal contexto, fez-se necessário assegurar a realidade prática do Direito, ou ainda, o surgimento de uma força legítima que ordenasse a todos de forma igual, com a imposição de limites e o estabelecimento de direitos e de deveres, tanto para os homens como para o próprio Estado, evidenciando mecanismos de eficácia, que fosse respeitada e obedecida por todos; em outras palavras, que apresentasse eficácia *erga omnes*⁴⁹.

Tal anseio, porém, somente seria satisfeito por meio da combinação de forças políticas que emergiam das diversas demandas sociais e da força jurídica, advinda do Direito positivo e legítimo, como a Constituição de um Estado nacional.

Com isso, é deflagrado o movimento do constitucionalismo, paradigma que possibilitou ao Direito alcançar a autonomia de seu próprio campo de conhecimento, com fundação no texto constitucional⁵⁰. Nesse sentido, afirma Goyard-Fabre:

Já que, no Estado, a lei, em sua dupla generalidade, deve emanar de todos e valer para todos, é claro que a igualdade dos direitos é fundamentada na razão: sua institucionalização é sua racionalização. Mas essa racionalização precisa ter uma dimensão *prática*, ao mesmo tempo política e jurídica. Tornar os homens iguais em direitos significa politicamente proteger-lhes a liberdade de modo que ninguém possa conspurcá-la: o Antigo Regime está superado. Significa também e, sobretudo, juridicamente, “civilizar” o direito natural, isto é, transformar o indivíduo em um cidadão cujos direitos e deveres são determinados, proclamados e garantidos pela lei: o humanismo jurídico é acima de tudo um civismo. Em consequência, o sujeito de direito não é simplesmente o indivíduo: é determinado, em dada situação concreta, pela norma jurídica. Resulta, portanto, de uma qualificação objetiva que o submete a uma regra de direito e faz dele um sujeito de direito⁵¹.

Para o Positivismo, doutrina formulada por Auguste Comte e transposta para a realidade jurídica de forma incipiente por Hegel, e em definitivo por Hans Kelsen, a Lei possui força legítima para fazer executar as regras jurídicas que são formuladas pelo Direito Público.

No entanto, é necessário que se compreenda o que é, afinal, o positivismo jurídico para que se evite o equívoco de uma demanda social por legislação levada às últimas consequências, por meio da força jurídica. Como por exemplo, o que ocorreu logo após a Revolução Francesa,

⁴⁹ BOBBIO, 2016. Op. Cit. p.59

⁵⁰ BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. **O Direito em busca de sua identidade em Simone Goyard-Fabre**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v. 6, n. 2, p. 228-230, 2014.

⁵¹ GOYARD-FABRE, 2007. Op. cit. p. 23.

na tentativa desastrosa do líder jacobino Robespierre, de criar uma doutrina religiosa estatal, fugindo do ideal proposto durante o auge do iluminismo.⁵²

Desse modo, no pensamento de Hegel⁵³, o Direito é positivo por sua própria forma e conteúdo. Em outras palavras, o Direito teria sua legitimidade extraída da autoridade do Estado, que, por sua vez, é instituído pela lei civil. É esta, pois, a forma com que o Direito positivo é percebido.

Já o seu conteúdo, segundo Hegel, seria determinado por alguns atributos, tais como a união dos indivíduos em consequência da necessidade de sair do estado de natureza, sob a tutela de um Estado nacional; pelo procedimento que averiguasse a justiça nas ordens advindas do Estado, bem como sua adequação com o Direito legítimo; os procedimentos de Direito, o que mais tarde seria reconhecido como Processo Civil; pela dedução lógico-racional de uma categoria geral para aplicação a um caso particular, o que se dá quando uma norma jurídica é aplicada a um caso concreto, e, principalmente no âmbito das normas jurídicas da esfera penal, as sanções⁵⁴.

Tal análise aponta para o fato de que o Direito legítimo, em sua forma positiva, qual seja, a da Constituição, é manifesto na realidade como ação que busca assegurar a presença da Justiça nas relações intersubjetivas da esfera social. Tal intersecção pode ser facilmente percebida no momento de aplicação da lei a um indivíduo que cometa determinado crime, atitude contrária à lei estabelecida.

Em outras palavras, o indivíduo, que é considerado criminoso, não pode ser exposto à vingança pessoal de outro indivíduo, pois esta atitude não possui juridicidade, sendo, desta maneira, ilegítima. Desse modo, quem tem o dever e o direito exclusivo de punir ou de perseguir é tão-somente o Estado, sendo por isto que o Direito Penal é ramo do Direito Público⁵⁵.

⁵² GOYARD-FABRE, 2007. Op. Cit. p. 85.

⁵³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Linhas fundamentais da Filosofia do Direito ou Direito Natural e Ciência do Estado em compêndio**. Trad. Paulo Meneses. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

⁵⁴ Idem. p. 126

⁵⁵ GOYARD-FABRE, 2007. Op. Cit. p. 92

O Estado também tem o dever de proteger os indivíduos, inclusive os que atentarem contra a lei, para evitar o caos do estado de natureza, onde só haveria, usando uma expressão popular, a “justiça feita pelas próprias mãos”, o que é definitivamente afastado pela competência da Lei e pelo organismo jurídico legítimo.

Nesse sentido, Hegel⁵⁶ conclui que no âmbito do direito positivo, o que é legal constitui-se na fonte daquilo que é tido como justo, ou melhor, daquilo que é direito. Desse modo, é possível sustentar que, para o Positivismo jurídico, a racionalidade do homem somente se realizaria plenamente por meio da instituição do Estado, pois este, em seu objetivo de organização da sociedade, seria constituído por leis, regras e princípios formulados a partir da razão.

Ademais, em Hegel, é possível evidenciar elogios feitos às Constituições da França e dos Estados Unidos da América – EUA, definidas pelo autor como um conjunto regulatório de direito positivo, no qual o poder público do Estado é capaz de ordenar as relações sociais e organizá-las por meio dos ordenamentos jurídicos de suas nações. A garantia conferida pela Constituição se dá, portanto, conforme o autor, no sentido de fazer valer suas determinações, sendo originada da necessidade estabelecida de racionalismo das leis, com garantia de sua realização.

Ocorre que a separação definitiva entre Direito e força política somente seria destrinchada por Kelsen, em sua obra Teoria Pura do Direito que será devidamente apresentada no item 2.2. deste capítulo.

Desse modo, a Constituição institui o ordenamento jurídico do próprio Estado, define a sua forma e existência e instaura a capacidade estatal de se auto-organizar, seguindo os ditames previstos na norma constitucional.

Vale dizer que a auto-organização estatal vem na esteira da sistematização do Direito; ou seja, o Direito legítimo não pode ser contraditório em seus termos internos, e, por isso, necessita

⁵⁶ HEGEL, 2010. Op. Cit. p. 185

ser sistematizado em um código que ordene suas regras de maneira lógica e racional, com o fito de evitar conflitos dentro da própria lei⁵⁷.

Um exemplo primário de tal constatação seria a norma jurídica, que institui um Código Civil, que, por sua vez, somente adquire validade decorrente da norma constitucional. Nesse sentido, Goyard-Fabre esclarece:

As regras de direito, entendidas em sentido estrito, têm uma função *diretiva*. De maneira geral, todo dispositivo jurídico elaborado sob a Constituição serve para dirigir as condutas humanas. Porque guia e embasa os comportamentos em matéria de comércio, de propriedade, de impostos, de educação... ele é dito “normativo”: serve de orientação para as condutas. [...] Resulta daí que o fundamento da juridicidade se identifica com o fundamento da validade das normas no seio do sistema. Portanto, só pode ter um caráter formal: em outras palavras, a validade de uma norma não responde à questão de saber qual é seu “valor”; sua razão de ser encontra-se na norma do patamar superior com a qual ela deve ser congruente tanto no que se refere ao seu processo de promulgação como no que diz respeito ao seu conteúdo. Em última análise, portanto, o que funda a validade jurídica remonta, passo a passo, à própria Constituição⁵⁸.

Diante deste quadro, entende-se que a legitimidade do Direito é construída em conjunto com a fundação do ordenamento jurídico dentro do espaço institucional do Estado. Essa construção tem na Constituição seu alicerce primordial.

A Constituição é capaz de nortear as condutas humanas dentro da sociedade humana organizada, portanto, a juridicidade, que lhe é característica, é capaz de conferir validade às normas que seguem a fundação constitucional.

2.2 Hans Kelsen e a *Teoria Pura do Direito*

Na toada do positivismo jurídico e do constitucionalismo, outro marco na fundação do ordenamento jurídico é a própria *Teoria Pura do Direito*, que foi concebida em três momentos. O primeiro, em sua primeira publicação no ano de 1911 “*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*”, Problemas Fundamentais da Teoria do Direito Público.

⁵⁷ GOYARD-FABRE, 2007. Op. Cit. p. 120

⁵⁸ GOYARD-FABRE, 2007. Op. Cit. p. 122

Segundo Valadão⁵⁹, é nesta obra que o jusfilósofo austríaco lança as bases primordiais para a construção da *Teoria Pura do Direito*. Esta primeira publicação de Kelsen tem sua importância na separação teórica da vontade política do Estado e da vontade humana; pois o Estado em si não possui vontade alguma, sendo certo que o Estado não é uma pessoa física.

Qualquer tentativa de atribuir manifestação psicofísica ao Estado configuraria uma antropomorfização desta Instituição, ou seja, para Kelsen, a confusão entre agente que representa o poder público e o indivíduo não mais tinha lugar em uma Teoria que se pretendesse científica do Direito.⁶⁰

A vontade do Estado só poderia se manifestar através de uma proposição ou norma jurídica, afastando assim a questão da vontade política da Teoria do Direito. Logo, o Estado não pode praticar algo que contrarie o Direito, já que o agente do poder público promove a execução da norma jurídica legítima, a sanção. A esse respeito, reflete Valadão:

Assim sendo, a mais importante diferença que existe entre o dever do Estado e o dever dos demais sujeitos reside em que o “dever-ser” do Estado é sempre, também e sem exceção, o seu “querer”, ou melhor, a sua “vontade”. Por isso, deve ser descartada a possibilidade de que a pessoa do Estado, cuja vontade não pode ter por conteúdo outra coisa senão o próprio Direito, queira, em algum caso, o seu contrário. A afirmação da impossibilidade do Estado agir contra o Direito, isto é, de que o Estado sempre cumpre o seu dever jurídico é uma necessidade imanente ao próprio Direito. Esta auto-obrigação do Estado, estipulada pela norma jurídica, somente pode ser entendida como uma “exigência teórica”, e não como uma constatação empírica.⁶¹

Ademais, a norma jurídica é uma ordem coativa de conduta, com finalidade de ordenar os indivíduos em sociedade. A norma jurídica é uma ordem social, que pode tanto prescrever uma sanção como também garantir a liberdade jurídica, pois impõe a todos que respeitem a norma jurídica e inclusive obriga ao próprio Estado que a respeite.

Kelsen condena a visão de que o Direito necessita da Moral para ser compreendido, pois a Moral se refere exclusivamente a algo interno, de foro psicológico do indivíduo, por isso, a

⁵⁹ VALADÃO, Rodrigo Borges. **A Definição de Norma Jurídica na Teoria Pura do Direito**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010.

⁶⁰ Idem, p. 40

⁶¹ Idem.

ordem social jurídica pode, “se quer ser eficaz, criar para o indivíduo a inclinação ou interesse de se conduzir em harmonia com a ordem social e se opor às inclinações ou aos interesses egoísticos que, na ausência daquela, atuariam.”⁶²

Assim, tanto um sistema moral absoluto, que defina o que é a Moral, quanto um sistema moral relativo, advindo das diferentes culturas humanas, não podem ser confundidos com o Direito, pois o Direito prescinde da Moral para ser conhecido. Como expõe Kelsen:

A tese de que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma Moral absoluta, mas ainda porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade. Com efeito, pressupõe-se como evidente que a ordem coercitiva estadual própria é Direito. [...] Como, porém, a nossa própria ordem coercitiva é Direito, ela tem de ser, de acordo com a dita tese, também moral. Uma tal legitimação do Direito positivo pode, apesar da sua insuficiência lógica, prestar politicamente bons serviços. Do ponto de vista da ciência jurídica ela é insustentável. Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar - quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa - a ordem normativa que lhe compete - tão-somente - conhecer e descrever.⁶³

Para o autor de a *Teoria Pura do Direito*, é clara a distinção entre a legitimidade política do Direito, com fins políticos, estudados pela Ética ou Ciência Política, e o que ele chama de Ciência Jurídica, que não existiria para justificar o Direito, mas, sim, para o seu conhecimento e a sua descrição enquanto exclusivamente norma jurídica coativa.

Porém, não era o objetivo de Kelsen negar a existência de complexidades e características extrínsecas ao fenômeno jurídico, mas, sim, dizer qual era dentre todas as camadas relacionadas ao Direito, aquela que somente diria respeito ao estudo do Jurista, ou da Ciência Jurídica. Esta camada é a norma jurídica.⁶⁴

A questão da Justiça também é alvo dos estudos de Kelsen, pois, tal como a moral, a Justiça é uma questão de valor, que mudaria conforme as subjetividades da interpretação de

⁶² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

⁶³ Idem. p.. 49

⁶⁴ Idem. p. 21-22.

cada um, e que não compete ao Direito averiguar. Para o autor, a norma jurídica não é, portanto, passível de interpretação axiológica pois não compete a ciência jurídica julgar valores.

Ao tratar de temas recorrentes na história do Direito, como Justiça, Moral e Política, em teoria pura do Direito, Kelsen também formula sua original definição de Direito, de forma coerente com seus postulados teóricos.

É neste sentido, como pontua Barbosa-Fohrmann que o autor austríaco “considera que o Direito nada mais é do que um ordenamento (sistema) de normas, segundo o qual a norma inferior hierarquicamente se subordina a uma norma superior e assim por diante até se chegar à norma origem (*urnorm*) ou norma fundamental (*grundnorm*).”⁶⁵

De maneira geral, a *Teoria Pura do Direito* propõe ao jurista que observe o Direito como norma jurídica, e não como um fato político, moral ou social, ou ainda um objeto ou método dotado de valor⁶⁶. Assim, o Direito, livre de interferências externas, observado somente como ordenamento jurídico, indica o caminho jusfilosófo contemplado pelo Positivismo Jurídico de Kelsen.

Destarte, Kelsen⁶⁷ estabelece um procedimento lógico-formal claro para o estudo científico da norma jurídica. Para tanto, ele desenvolve o conceito da norma fundamental. A norma fundamental fornece validade ao Direito Positivo, enquanto norma jurídica.

⁶⁵ BARBOSA-FOHRMANN, 2014. Op. Cit. p. 229

⁶⁶ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Por que ler Kelsen, Hoje**. Artigo disponível em <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/179>>

⁶⁷ KELSEN, 2009. Op. Cit. p. 6

2.3 A norma fundamental

Kelsen não considera os valores como necessários na verificação de validade e eficácia de uma norma. Para este jurista, a norma jurídica será válida quando estiver de acordo com a norma fundamental e subordinada a ela. Além disso, sua propositura deve advir de uma autoridade competente.⁶⁸

É importante observar que a norma fundamental não significa o mesmo que uma Constituição no sentido de lei positiva, a existência da norma fundamental é presumida e, assim, o sistema jurídico, proposto pela *Teoria Pura do Direito*, se completa. Esclarece Kelsen:

Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior.⁶⁹

A norma fundamental possui uma razão de ser. É a norma fundamental que fundamenta a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva. Por isso, a norma fundamental é considerada um pressuposto de conhecimento do dever-ser de uma norma jurídica válida.

Para ilustrar o tema, um exemplo de norma fundamental seria “devemos obedecer nossos pais”⁷⁰. Obviamente, não é preciso que seja decretada uma lei para tanto, pois, para cada um de nós, nossos pais já são autoridade máxima.

Com base na *Teoria Pura do Direito*, é construído um sistema de ordenamento jurídico positivo que seria integrado pela norma fundamental, pela Constituição; pelas leis, costumes e decretos; pelas fontes de direito e pela jurisprudência (as decisões dos tribunais). Tal sistema normativo estaria escalonado de maneira hierárquica, como explica Kelsen:

⁶⁸ KELSEN, 2009. Op. Cit. p. 136

⁶⁹ Idem. p. 139

⁷⁰ Idem. p. 138

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.⁷¹

Acontece que, mesmo definindo um sistema normativo organizado para o Direito, Kelsen ainda precisava enfrentar a questão do conflito normativo entre as diferentes camadas de hierarquia, conforme percebido pela doutrina jurídica. Conflito provocado por, pelo que o próprio autor denominou, normas “ilegais ou anti-constitucionais”.

Tais normas seriam, na realidade, normas inválidas e, portanto, nulas. Porém, este não é o caso de normas que, apesar de terem sua validade extraída da Constituição, são contestadas pelos operadores do Direito.⁷²

Sendo a validade de uma lei extraída da Constituição, e esta, por sua vez, válida por meio da norma fundamental, é preciso deixar claro a diferença entre Constituição e norma fundamental. Segundo Ferraz Jr., “essa norma não é posta por nenhuma autoridade nem prescreve nenhum conteúdo específico. Ela apenas obriga o pensador a tomar um conteúdo prescritivo posto, como o primeiro de uma série. Ela é, como diz Kelsen, um pressuposto formal da razão normativa.”⁷³

2.4 Dinâmica Jurídica e Eficácia da Norma Jurídica

Além da questão da validade, a *Teoria Pura do Direito* também analisa o quesito de eficácia da norma jurídica. Segundo Kelsen, a eficácia de uma norma vem do poder de prescrever uma sanção do ordenamento jurídico estatal.

⁷¹ Idem. p. 155

⁷² Idem. p. 188

⁷³ FERRAZ JR, 2014. Porque ler Kelsen hoje. **Prólogo à obra Para entender Kelsen**, de Fábio Ulhoa Coelho. Disponível em: <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/179> Acesso em: 17 jul. 2017.

Vale salientar que segundo este Autor, Estado e Direito são um, ou seja, o ordenamento jurídico é composto da união do Estado com o Direito, constituindo dessa maneira o poder organizado do Direito Positivo. Nas palavras de Goyard-Fabre:

Aliás, caso se considere o Estado como uma sociedade politicamente organizada, fica claro que sua organização é uma ordem cuja especificidade reside em seu caráter essencialmente coativo, até mesmo coercitivo: com efeito, o Estado é uma organização política porque ela dispõe do uso da força da qual tem o monopólio que, juridicamente estabelecido, só pode ser exercido legalmente. O poder do Estado “é o poder que o direito positivo organiza: é o poder do direito, isto é, a eficácia do direito positivo”.⁷⁴

Era de se supor que a proposta teórica da união do Estado com o Direito em um único ente se trata de questão controversa. Sem dúvidas, afirmar que o Estado é, de fato, o Direito, permitiu a Kelsen contrapor as visões dominantes à época de que, ora o Direito surgia antes da formação do Estado, de acordo com a hipótese jusnaturalista ou, pelo contrário, que o Direito estava subsumido ao Estado, pois este era o único capaz de estabelecer o Direito.

Daí, verdadeira inovação no pensamento jurídico ocorre quando Kelsen ultrapassa o conflito entre jusnaturalismo e positivismo jurídico, quando afirma ser a Constituição o fundamento da organização jurídica do Estado.

Neste sentido, afirma Goyard-Fabre que “Kelsen substitui esse inútil dualismo por um monismo sem reservas em que a Constituição se impõe como a base necessária da ordem jurídica estatal simbolizada pela célebre imagem piramidal dos patamares do direito.”⁷⁵

Por isso, a questão da eficácia da norma jurídica corresponde ao estudo da Dinâmica Jurídica, conceito presente na *Teoria Pura do Direito*, em que são estudados os diferentes métodos de produção jurídica ou das formas do Direito.

Validade e eficácia portanto, são questões que integram a Dinâmica Jurídica, porém são atributos distintos de uma norma jurídica, como propõe Kelsen:

A eficácia é uma condição da validade, mas não é esta mesma validade. Isto tem de ser bem acentuado, pois não falta ainda hoje quem procure identificar a validade do Direito com a sua eficácia. É-se levado a tal identificação pelo fato de ela parecer

⁷⁴ GOYARD-FABRE, Simone. 2007. p. 125

⁷⁵ Idem. p. 126.

simplificar substancialmente a situação teórica. Esta tentativa, porém, está necessariamente condenada ao fracasso. Não só porque - como se depreende do que antecede - também uma ordem jurídica ou uma norma relativamente ineficazes, quer dizer, ineficazes até certo ponto, podem ser consideradas como válidas, e uma norma absolutamente eficaz, que nem sequer pode ser violada, não é tida por válida porque nem sequer é considerada norma; mas especialmente porque, se se afirma a vigência, isto é, a específica existência do Direito, como consistente em qualquer realidade natural, não se está em posição de compreender o sentido próprio ou específico com o qual o Direito se dirige à realidade e pelo qual precisamente se contrapõe a essa realidade que - apenas se se não identifica com a vigência do Direito - pode ser conforme ou contrária ao Direito. Assim como é impossível, na determinação da vigência, abstrair da realidade, assim também é impossível identificar a vigência com a realidade. Se no lugar do conceito de realidade - como realidade da ordem jurídica - se coloca o conceito de poder, então o problema da relação entre validade e eficácia coincide com a existente entre Direito e força - bem mais corrente. E, então, a solução aqui tentada é apenas a formulação cientificamente exata da antiga verdade de que o Direito não pode, na verdade, existir sem a força, mas que, no entanto, não se identifica com ela. E - no sentido da teoria aqui desenvolvida - uma determinada ordem (ou ordenação) do poder.⁷⁶

Diante do exposto até aqui, é possível perceber que o jurista Hans Kelsen e a *Teoria Pura do Direito* figuram como pedra angular da fundação do ordenamento de Direito positivo. O conhecimento destes episódios históricos formam evidências de como o Direito pôde se estabelecer como uma norma jurídica válida e eficaz junto ao tecido social.

Apesar do momento grave, em que o jurista austríaco, de origem judia, viveu durante os anos de ascensão do Nazismo na Europa, isto não o impediu de construir uma teoria que fosse capaz de sustentar questões preciosas à existência do Direito, no que tange tanto às suas estruturas quanto à sua legitimidade.

Por outro lado, opiniões das mais diversas quanto a estes assuntos foram desenvolvidas durante e após o advento das formulações doutrinárias de Hans Kelsen. Por este motivo, algumas críticas à fundação do Direito, enquanto ordenamento jurídico positivo, merecem ser trazidas à baila adiante, no terceiro capítulo.

⁷⁶ KELSEN, 2009. Op. Cit. p. 149-150

3 HÁ UMA CRISE DE LEGITIMIDADE DO DIREITO?

Neste capítulo 3, a proposta é de apresentar algumas posições críticas ao processo de construção da legitimidade do Direito, e também à perspectiva dos efeitos da juridicidade e do ordenamento jurídico positivo, observados até então. Nos capítulos anteriores vimos como o Direito surgiu enquanto fenômeno social; a interação entre Direito e Estado; a presença material da Constituição e a proposta teórica de Hans Kelsen de conceber o Direito enquanto norma jurídica positiva. Agora, espera-se ser possível extrair um consenso desta temática, quando conhecermos o pensamento de autores como Edmund Burke, Friedrich Nietzsche, Michel Foucault, e Ronald Dworkin.

3.1 A crítica historicista ao Direito

Constatamos no capítulo 2 que o ápice da Revolução Francesa foi a propositura da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que inaugurou o positivismo jurídico na forma de documento com força jurídica.

Entretanto, os efeitos daquela Revolução e seus desdobramentos no universo jurídico foram duramente criticados por filósofos que consideravam a tradição e os costumes de um povo como a real fundação do Direito positivo, posição doutrinária conhecida como Historicismo.

Desta forma, é na obra chamada *Réflexions sur la Révolution Française*, que Edmund Burke manifesta a “defesa do direito natural, do liberalismo, da tradição, da aristocracia, que compõe um díptico com a crítica do racionalismo e do individualismo do Iluminismo”⁷⁷.

Estas ideias indicam a posição conservadora que Burke inaugurou na filosofia do direito, num nítido movimento de retorno ao jusnaturalismo clássico. Mais precisamente, Burke

⁷⁷ GOYARD-FABRE, Simone. 2007. p. 115.

denuncia o construtivismo lógico da razão e o individualismo igualitário e, ainda, lança dúvidas sobre a eficácia real dos Direitos proclamados pela Declaração dos direitos do homem e do cidadão.

Em um exemplo categórico de seu pensamento, Burke considera os verdadeiros direitos do homem como aqueles constantes na *Petition of Rights* de 1628 atrelado a Magna Carta britânica de 1215 e não no Contrato Social proposto por Rousseau ou na Declaração francesa.

Nesse sentido, a visão de Burke é contextualizada por Goyard-Fabre:

Reabilitando na história nacional a vox populi, o costume, a tradição e a duração, que os revolucionários franceses substituíram por construções lógicas apoiadas no poder decisionista da “vontade geral” oriunda de um contrato matemático, Burke [...] admite que uma necessidade superior se impõe a todos os decretos humanos, mesmo que estes sejam os de um Parlamento representativo do corpo popular. Como os juristas ingleses do Common Law, e na contramão dos revolucionários franceses que recorrem aos princípios abstratos e gerais da razão, funda o direito público bem como os direitos do homem na tradição e no costume, os únicos aptos, naquilo que estes têm de natural e substancial, para dar-lhes consistência e verdade.⁷⁸

Desta maneira, a crítica postulada pelo historicismo de autores como Burke, afasta o idealismo e a universalidade propagadas pelos ideais iluministas e propõe uma fundação do Direito congruente com a vida concreta, assimilada pela história, e da particularidade humana. O historicismo, portanto, “confere ao passado, à herança, à hereditariedade, ao costume, à alma popular, à tradição, em suma, a tudo o que constitui a história concreta dos povos, o valor de princípios objetivos de explicação.”⁷⁹

Assim, para o historicismo, a história se constituía em meio de conhecimento do Direito, pois a fundação do ordenamento jurídico estaria inserido no processo histórico, de forma a afastar quaisquer apontamentos meta-jurídicos ou de metafísica, na tradição e nos costumes da nação estariam os fundamentos do Direito.

⁷⁸ Ibidem. p. 220.

⁷⁹ Ibidem. p. 182.

Todavia, o próprio historicismo também foi criticado em diversos aspectos. Por negar as principais características do Direito positivo, surgiram diversas críticas que apontavam as contradições da abordagem historicista do Direito. Como nas palavras de Goyard-Fabre:

Se tudo o que é humano é histórico, isto é, provisório e fadado a morrer, o próprio historicismo é provisório e mortal. Seguem-se três consequências: ou ele passa e dele só restará poeira; ou, defendendo o relativismo que se apegava ao espírito de um tempo, ele faz de sua época um absoluto: então é incoerente e desmorona; ou ainda, para sobreviver, tem de se superar recorrendo a algo de trans-histórico: nesse caso, nega a si mesmo e já não é historicista. Em todos os casos, o historicismo provoca a dissolução da filosofia. Negando a transcendência e o ideal, varrendo o valor e o dever-ser, não lhe resta outro padrão senão os fatos na determinidade de seu contexto temporal: é-lhe impossível indagar-se sobre “a melhor Constituição”, sobre o valor da ordem jurídica. [...] Então, uma norma nada mais é que um instrumento técnico de mero controle. Para saber se essa norma-ferramenta é pertinente ou expediente, evidentemente há um só meio: submetê-la ao tribunal da história constituído pelo próprio curso da história! Portanto, não basta dizer que, para o realismo historicista, as noções de dever-ser e de obrigatoriedade carecem de sentido, que a exigência de justiça desaparece, e que a esperança de uma liberdade criativa está abolida; é preciso compreender que o historicismo é uma doutrina que, como um pião, gira em torno de si mesmo num mundo de-substancializado. Ele produz a vertigem do vazio. O niilismo é a culminação do historicismo. [...] A historicização do direito, devido ao procedimento reducionista pelo qual foi realizada, é sua desnaturação e provoca o aniquilamento de sua essência.⁸⁰

Destarte, a abordagem historicista continha elementos de negação do ordenamento jurídico construído pelo racionalismo e pelo positivismo jurídico. Alguns destes elementos, como a percepção niilista da vida ou a negação do dever-ser da norma jurídica encontrariam, ainda, ressonância em outros posicionamentos críticos a juridicidade do Direito.

Apesar de o historicismo não ter logrado êxito como crítica bem recebida pela comunidade, acabou por fornecer as bases para a negação total dos efeitos que o Direito promove na sociedade por meio da juridicidade. Conforme poderemos verificar no tópico 3.2 à seguir.

⁸⁰ Ibidem. p. 186

3.2 As críticas do vitalismo e anti-juridicidade

Como visto, o processo de fundação do ordenamento jurídico passou pelo necessário entendimento do Direito como norma jurídica positiva. Afinal, a norma jurídica, enquanto regra de conduta coercitiva, é o símbolo da força jurídica emanada pelo Poder Público do Estado.

A legitimidade do Direito foi sendo, então, construída a partir dessa estrutura lógico-racional, porém, algumas críticas severas foram feitas a esta questão e também quanto ao papel do Estado enquanto garantidor do ordenamento jurídico. Um dos primeiros a tecer comentários contrários a presença do Estado moderno e das prescrições de dever-ser do Direito foi o filósofo alemão Friedrich Nietzsche.

O Estado, para Nietzsche, era visto como uma máquina fria, que contribuía para a decadência da cultura europeia na medida em que limitava à dinâmica e a criatividade da vida do homem.

Destarte, a crítica do vitalismo corresponderia à acusação de que o Direito constrangeria a vitalidade do homem. Assim, sintetiza Goyard-Fabre que, para Nietzsche, “as Constituições, as Leis, os tribunais, os magistrados, os oficiais de justiça..., não passam de estraga-prazeres: imobilizam a dança dionísica da vida.”⁸¹

A questão do Poder relacionado ao positivismo jurídico também foi observado por Michel Foucault, que afirmou haver dois modelos de poder em oposição, sendo um decorrente da representação histórica do fenômeno jurídico-político, construído por meio da fundação do ordenamento jurídico positivo e outro correspondente aos impulsos de vitalidade humana, traduzidos em comportamentos instáveis e polimorfos.

⁸¹ Ibidem. p. 188.

Assim, Foucault afirma não haver motivos para se privilegiar o poder emanado do Estado e sua força jurídica produtora de normas jurídicas em detrimento da criatividade e liberdade humana. Ademais, para este filósofo francês, o poder do estado se daria sempre de maneira violenta. Neste sentido, esclarece Goyard-Fabre acerca das críticas do vitalismo:

Portanto, é preciso compreender que, no universo jurídico, seria exercido um poder violento: toda lei, diz Foucault, é repressão; as regras jurídicas são técnicas de dominação: “a estratégia da guerra em ato”. Além disso, essa estratégia se cristalizaria num aparelho que denominamos Constituição ou Código, como se houvesse no texto de direito uma “vontade de eternizar o equilíbrio de poder presente. O direito positivo, expressão normalizadora da disciplina, assemelha-se a operações policiais. As decisões jurídicas decorreriam da tecnologia sociopolítica. Segundo Foucault e segundo Nietzsche, esse “aparelho”, é o outro da vida; vai na contramão da vida e contra a vida. Mesmo quando Foucault faz uma diferença entre lei e regulamento, para ele, tudo o que é da ordem do direito manda, proíbe, coage, disciplina, sanciona: é uma goliata na qual são presos os “ilegalismos”, e que novas táticas correcionais apertam cada vez mais. Segundo Foucault, no aparelho jurídico a objetividade da regra esmaga qualquer impulso subjetivo, pois o direito seria apenas manifestação de poder e de violência e, como se não bastasse, de poder e de violência rígidos.⁸²

O pensamento destes dois filósofos são especialmente importantes para esta pesquisa pois suas críticas recaem justamente sobre nosso objeto de estudo, ou seja, a construção da legitimidade do Direito positivo, ou ainda, o Direito como forma em que se expressa o poder coativo do Estado.

Porém, tais críticas não procuravam compreender a fundação do Direito, e sim em derrubar o edifício doutrinário construído ao longo dos séculos que culmina no Estado de Direito e no ordenamento jurídico positivo. A defesa da vitalidade para tais autores, portanto, significa um movimento de anti-juridicidade, contrário as instituições organizadas, logo, contrário ao processo histórico de construção de legitimidade do Direito.

Neste momento, uma possível crise do Direito estaria em evidência pelas contradições entre os efeitos da juridicidade e por um desejo filosófico oposto a normatividade das prescrições de dever-ser intrínsecas às normas jurídicas. Estas críticas costumazes ao Direito

⁸² Ibidem. p. 191

constituem em um paradigma ao qual a Filosofia do Direito não se exime de investigar. Como assevera Goyard-Fabre:

Isso seria particularmente notório na pirâmide jurídica redesenhada por Kelsen, frequentemente atacada pelo fato de não reservar nenhum lugar, no edifício do direito, para os silêncios e as lacunas. [...] Na verdade, tudo isso começou já no final do século XVIII: a “paixão pela lei” e o culto da ordem jurídica alimentaram um delírio racional, que não só é contraditório em si, mas se inseriu na prática por meio do inchaço administrativo, do jogo de chicanas, das negociatas, das transações e das manipulações. A decadência do jurídico nasceu de sua profusão. Sua hipertrofia provocou sua erosão. Então, obedecendo à mecânica tecnoburocrática, o direito tornou-se uma máquina diabólica, sempre pronta a funcionar a toda e que, por sua própria mecanização, colocou fora de circuito a realidade social, a vida e a história. O surto anti-racionalista de uma certa filosofia contemporânea teria encontrado sua razão de ser nas contradições inerentes à racionalidade jurídica.⁸³

Diante desse quadro, o vitalismo não se impõe como crítica construtiva, tampouco propõe uma nova fundação do Direito, mas sim, revela um certo receio quanto aos efeitos da juridicidade, negando a razão de ser do Direito na forma de ordenamento jurídico positivo.

Inclusive, parece ser da vontade de tais posições filosóficas que haja o fim do ordenamento jurídico, no qual o Direito se transformaria em não-Direito. Desta feita, Goyard-Fabre sintetiza “em suma, do universo jurídico (ou político) edificado pelo racionalismo moderno só restam [...] ruína e pó. As próprias estruturas jurídicas seriam responsáveis pela dissolução do direito: nelas se teria manifestado o “processo autodestrutivo do Iluminismo”⁸⁴

Assim, a visão contrária ao desenvolvimento racionalista afirma que a codificação do Direito cerceia a experimentação da vida. Para esta doutrina, o mundo encontra-se desencantado, Deus está morto e o céu é reputado vazio, logo, nesta visão que deságua inevitavelmente no niilismo, acreditar em valores como Justiça ou em aplicações do Direito seria atestar ignorância ou ingenuidade.

⁸³ Ibidem. p. 196-197

⁸⁴ Ibidem. p. 195

Porém, esta abordagem crítica apresenta um evidente risco: se não reconhecermos mais a legitimidade do Direito proveniente de sua fundação por meio do ordenamento jurídico ocorrerá a dissolução de todas as normas, traduzida numa revolta contra os valores e um temor quanto a normatividade, o que em nosso tempo já manifesta suas consequências. É como considera Goyard-Fabre:

É por isso que o universo jurídico se revela hoje composto de cortes, discontinuidades, falhas, hiatos, mudanças de direção, redistribuições evidenciados pelas incessantes reformas das reformas. Há nele mais vazios que cheios, mais incoerências que causalidades, mais negatividade que positividade. Nesse universo que nega a duração, não há lugar nem para a tradição nem para o progresso, e o direito já não tem um futuro para preparar. O enfraquecimento do direito logo chegará a seu termo e um novo nihilismo poderá desabrochar. Com efeito, quando, pelo jogo das contradições e das antinomias, tudo acontece como se fôssemos obrigados a renunciar à finalidade, a recusar o horizonte dos valores, a rejeitar os alicerces de um solo fundador, não há outra solução senão remeter-se à erupção imprevisível do acontecimento. Mas, nesse caso, não pode haver estabilidade institucional; os conceitos e as categorias jurídicas ficam evanescentes e desprovidas de significação. [...] Denuncia-se, portanto, particularmente no direito, mas também na política ou na arte, os efeitos perversos de uma racionalidade teórica e abstrata, cujas pretensões a generalidade e à universalidade são, dizem, desmentidas pelos fatos. As ambições arquitetônicas do *homo juridicus*, que quis reconstruir o universo com conceitos abstratos, categorias gerais, esquemas formais, projetos universalistas..., afundaram num pântano onde as inconseqüências somam-se às impropriedades. O “real” resiste contra as ideias ocas desse aprendiz de feiticeiro.⁸⁵

Desse modo, a partir da consideração destas críticas, pode-se constatar que a construção da legitimidade do Direito encontrou resistência na medida em que suas formas de juridicidade, vinculadas na estrutura do poder público, são contestadas por não contemplarem as dinâmicas do ser humano. Assim, conclui-se que na visão dos filósofos críticos à juridicidade demonstrados neste capítulo, a vitalidade humana, suas contradições e a dinâmica social seriam questões relegadas às chamadas lacunas do Direito.

Uma evidência da crise de legitimidade do Direito positivo residiria, então, na existência destas lacunas do Direito. Assim, as lacunas do direito são consideradas questões que não encontram respaldo no positivismo jurídico após o advento da teoria pura do Direito. Tais

⁸⁵ Ibidem. p. 197

questões para autores como Ronald Dworkin, precisariam ser contempladas pela realidade objetiva do Direito, ou seja, de como o Direito se dá no meio social de fato.

3.3 Ronald Dworkin e a Realidade Jurídica

Dworkin⁸⁶ é reconhecido por sua proposta objetiva de “levar o Direito à sério”, expressão que dá o título de sua obra fundamental. Ou seja, isto significa que na sua visão, faltava ao positivismo jurídico, em seu arcabouço teórico desenvolvido previamente por outros juristas como Kelsen e Hart, contemplar a normatividade que não se originava nas regras determinadas pelo ordenamento jurídico positivo.

Dworkin reconhece como corretas as reflexões de H.L.A. Hart, principalmente no que diz respeito a identificação de duas categorias diferentes de normas jurídicas: as regras estabelecidas pelo poder legislativo e os princípios fundamentais que existiriam para fornecer a finalidade, ou ainda, o motivo das regras prescritivas de Direito.⁸⁷

Contudo, a postura do positivismo jurídico que exclui da análise do Direito as questões morais, de virtude, políticas ou vitalistas é vista por Dworkin como não correspondente ao que ele chama de realidade jurídica, pois um princípio não é uma regra, e mesmo assim possuíra força jurídica.

Assim, princípios e regras jurídicas, para Dworkin, seriam diferentes quanto à natureza de seu propósito. Além disso, os princípios teriam sua importância evidente quando o jurista se depara com casos difíceis para a interpretação do Direito e aplicação da norma jurídica.⁸⁸

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002

⁸⁷ GOYARD-FABRE, Simone. 2007. p. 212

⁸⁸ DWORKIN, 2002. Op. Cit. p. 51.

Por este motivo, os princípios para Dworkin integram a existência do Direito. Ademais, os princípios, assim como as regras, também são proposições jurídicas, porém, em divergência destas, os princípios necessitam ser interpretados, especialmente, pelo Juiz.⁸⁹

O argumento de Ronald Dworkin, no contexto do ordenamento jurídico positivo, indica que um dos órgãos que possui competência para produzir e interpretar o Direito extraído dos princípios é o Juiz de Direito.

Segundo Dworkin, seria através da observação do comportamento dos juízes é que se poderia chegar a um consenso sobre os princípios, pois tal comportamento deveria, na opinião do autor, refletir precisamente a situação da realidade jurídica. Dese modo, a respeito dos princípios de Direito, Ronald Dworkin apresenta algumas orientações:

Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juizes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação, deveremos dizer que nos Estados Unidos “o direito” inclui, pelo menos, tanto princípios como regras. Por outro lado, podemos negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são. Diríamos, então, que em casos como Riggs e Henningsen o juiz vai além das regras que ele está obrigado a aplicar (isto é, ele vai além do “direito”), lançando mão de princípios extralegais que ele tem liberdade de aplicar, se assim o desejar. Se pensarmos nos juizes de uma comunidade como um grupo, poderíamos descrever as regras de direito que eles observam de acordo com essas duas alternativas. Poderíamos dizer, por exemplo, que em certo Estado os juizes adotam a regra de não reconhecer como válidos testamentos, a menos que contenham três testemunhas. Isso não implica que aquele juiz ocasional que reconhece como válido um tal testamento esteja, exatamente por essa razão, fazendo alguma coisa errada. Por outro lado, podemos dizer que, nesse Estado, uma regra de direito exige que os juizes não reconheçam como válidos tais testamentos; isso não implica que um juiz que os reconheça como válidos esteja fazendo algo errado. Hart, Austin e outros positivistas certamente insistiriam nessa última abordagem das regras jurídicas; não ficaram de modo algum satisfeitos com a abordagem do tipo “adotar esse comportamento como regra”. Qual a abordagem certa? - esta não é uma questão verbal. A questão é saber qual das duas presta contas de um modo mais preciso da situação social. A abordagem que escolhemos tem impacto sobre outros problemas importantes. Por exemplo, se os juizes simplesmente “adotam a regra” de não reconhecer como válidos certos contratos, então não podemos dizer, antes da decisão ocorrer, que alguém “tem direito” a esse resultado. Neste caso, essa proposição não pode fazer parte de nenhuma justificação que possamos oferecer para tal decisão.⁹⁰

⁸⁹ Idem. p. 145.

⁹⁰ Ibidem. p. 49-50

Destarte, Dworkin aponta que quando o Juíz decide por princípio e não por uma regra de direito, isso não torna esta decisão, necessariamente, errada ou inválida. E de tal maneira elucidativa é a apresentação dos princípios de direito por Dworkin, que através de sua linha de pensamento, poderia-se chegar a conclusão de que os princípios seriam justamente uma resposta ao problema das lacunas do Direito. Pois, “sem dúvida, uma regra pode ter exceções. Contudo, um enunciado correto da regra levaria em conta essa exceção; se não o fizesse, seria incompleto.”⁹¹

Entretanto, para Dworkin, há poucas lacunas no Direito, pois quando estas se tornam evidentes em disputas judiciais problemáticas que os Juizes tem de enfrentar, as lacunas acabam sendo preenchidas pela aplicação dos princípios. Como nos explica Goyard-Fabre:

Dworkin destaca a importância desses princípios que introduzem uma dimensão moral no próprio cerne da vida do direito, na medida em que afirmam o caráter imprescritível dos direitos, que o direito sempre deve tratar “seriamente”. Por conseguinte, toda sentença –judiciária e, de modo mais geral, jurídica – resume-se a um juízo moral que deve levar em conta exigências da ética social e política do lugar e do momento. Por conseguinte, tudo no direito é questão de interpretação. [...] é importante, segundo Dworkin, compreender metodicamente o direito, isto é, a partir da prática jurídica efetiva, e interrogar-se, por exemplo, sobre a “maneira certa de ler uma lei” aqui e agora, a fim de decifrar os pressupostos que ela envolve. [...] o direito, por sua fundação, arranca o pragmatismo social do jogo empírico ou calculista dos interesses e lhe confere uma elevação que lhe dá valor. Assim avaliar-se a diferença entre a obrigatoriedade de uma regra de direito e a obrigação que temos de fazer algo. Essa dicotomia também esclarece a distinção entre julgamento jurídico e julgamento político. [...] R. Dworkin afirma portanto, contra o positivismo – mesmo positivismo “revisto” ou “redefinido” de H. Hart -, que, mesmo não havendo elemento que permita avaliar o valor dos princípios jurídicos, a vida do direito não pode prescindir deles: tornam possíveis as estratégias interpretativas e adaptativas das regras de acordo com as situações que elas estão incumbidas de solucionar. Assim se explicam, contra um legalismo ou um juridismo estritos, o lugar da jurisprudência e a importância do papel do juiz.⁹²

Agora, é preciso alertar que uma possível resposta para a pergunta inicial deste capítulo, isto é, se há uma crise de legitimidade do Direito, não deve ser vista como definitiva. Pois mesmo na hipótese de uma resposta positiva, autores como Ronald Dworkin, ao contrário

⁹¹ Ibidem. p. 42.

⁹² GOYARD-FABRE, 2007. p. 217.

das críticas provindas do historicismo e vitalismo, se ativeram a solucionar justamente as questões propriamente jurídicas do Direito tal como ele foi construído e de seu paradigma principal, o positivismo jurídico.

Por esse motivo, com a perspectiva de Ronald Dworkin, percebe-se uma clara tentativa de aperfeiçoamento do Direito tal como este se dá na realidade do ordenamento jurídico positivo.

A preocupação de Dworkin, portanto, não é a de demolir a construção, erguida ao decorrer dos séculos, da legitimidade do Direito, mas sim, apontar novos caminhos para que as questões práticas do Direito positivo sejam resolvidas.⁹³

Não obstante, Dworkin também considera os problemas sociais da realidade jurídica, pois dedica parte de sua construção teórica a indagar os conflitos percebidos no positivismo jurídico. Neste sentido, é a reflexão de Dworkin que reflete precisamente sobre questões contemporâneas à legitimidade do Direito:

A linguagem dos direitos atualmente domina o debate político nos Estados Unidos. O governo respeita os direitos morais e políticos de seus cidadãos? A política exterior do Governo, ou sua política racial, desobedece ostensivamente a esses direitos? As minorias cujos direitos foram violados têm, em contrapartida, o direito de violar a lei? A própria maioria silenciosa tem direitos, inclusive o direito a que os que violam a lei sejam punidos? Não é nenhuma surpresa que estas questões tenham adquirido grande importância atualmente. O conceito de direitos, e, particularmente, o conceito de direitos contra o governo, tem seu uso mais natural quando uma sociedade política está dividida, e os apelos à cooperação ou a um objetivo comum são inúteis. O debate não inclui a questão de saber se os cidadãos têm alguns direitos morais contra seu Governo. Parece haver um consenso geral de que os possuem. [...] Alguns filósofos, é certo, rejeitam a idéia de que os cidadãos possuam direitos além daqueles que a lei lhes outorga. Para Bentham, a idéia de direitos morais era um “contra-senso em pernas de pau”. Mas esse ponto de vista nunca fez parte de nossa teoria política ortodoxa e os políticos de ambos os lados apelam aos direitos do povo para justificar grande parte do que desejam fazer.⁹⁴

A proposta de observar o Direito através da realidade jurídica, também reflete sobre a Constituição. Neste sentido, reflete Dworkin que “a Constituição funde questões jurídicas e

⁹³ Idem.

⁹⁴ DWORKIN, 2002. p. 288.

morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos, como o problema de saber se uma determinada lei respeita a igualdade inerente a todos os homens.”⁹⁵

Portanto, as questões das regras jurídicas e dos princípios se confundem no texto constitucional. Tanto os direitos particulares dos cidadãos, quanto os deveres e limites impostos ao Estado e ao Governo estão presentes na Constituição. Todavia, se faz necessária a seguinte reflexão de Dworkin:

Será que o amplamente admitido direito à liberdade de expressão inclui, por exemplo, o direito de participar de manifestações que perturbam a ordem pública? Na prática, o governo terá a última palavra sobre quais são os direitos individuais, porque sua polícia fará o que suas autoridades e seus tribunais ordenarem. Mas isto não significa que o ponto de vista governamental seja necessariamente correto. Quem quer que pense assim está obrigado a acreditar que homens e mulheres só possuem os direitos morais sancionados pelo governo, o que significa que não possuem direitos morais de espécie alguma.⁹⁶

Ademais, a realidade jurídica vista por Dworkin exige da sociedade uma postura de proximidade para com o Direito. Para Dworkin, não basta que os cidadãos se satisfaçam com os desígnios do poder público irrestritamente, visto que, na própria Constituição, como representação positiva do ordenamento jurídico estão representados tanto regras como princípios, e estas normas jurídicas precisam não apenas ser construídas logicamente, mas ser interpretados até que se alcance a melhor atividade hermenêutica jurídica possível.

Para tanto, de modo a extrair a melhor interpretação do Direito, propõe-se a atitude de levar os Direitos a sério, e isso se impõe tanto aos cidadãos da sociedade quanto a qualquer Governo que comande as instituições de Estado. Desta maneira, enfatiza Dworkin:

Sem dúvida, é inevitável que alguma instância do governo tenha a última palavra sobre que leis serão efetivamente implementadas. Quando os homens discordam sobre os direitos morais, nenhuma das partes tem como provar seu ponto de vista e alguma decisão deve prevalecer, se não quisermos que a anarquia se instale. Mas esse exemplo

⁹⁵ Ibidem. p. 290.

⁹⁶ Ibidem. p. 289.

de sabedoria ortodoxa deve ser o início, e não o fim, de uma filosofia da legislação e da aplicação das leis. Se não podemos exigir que o governo chegue a respostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos ao menos exigir que o tente. Podemos exigir que leve os direitos a sério, que siga uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos, e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções.⁹⁷

Tais abordagens, no que pese a vontade de alguns pensadores de se acabar com a normatividade que emana do Direito, registram de maneira clara a presença do fenômeno jurídico junto à sociedade, e por isso, não poderiam passar despercebidas por esta pesquisa.

Desta forma, após conhecer como se deu o processo de construção da legitimidade do Direito, a fundação do Direito como ordenamento jurídico positivo e as críticas sobre os efeitos da legitimidade do Direito podemos admitir certas conclusões.

Resta claro que o Direito demonstra vigor ao permitir o debate tanto entre seus fundamentos históricos, como no dualismo entre Direito da Natureza e Direito Positivo, quanto a observação e conhecimento dos efeitos de sua existência em uma realidade jurídica, como proposto por Ronald Dworkin.

⁹⁷ Ibidem. p. 291.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento deste trabalho possibilitou uma análise de como se deu a construção da legitimidade do Direito por meio da fundação do ordenamento jurídico positivo, sob a ótica da Filosofia do Direito.

Além disso, também permitiu uma pesquisa bibliográfica para obter dados mais consistentes a respeito das etapas do processo de fundação do ordenamento jurídico positivo, o advento da Constituição, a concepção do Direito como norma jurídica e algumas das principais críticas formuladas à respeito dos efeitos da juridicidade na prática.

No primeiro capítulo foi realizado um paralelo de comparação entre a legitimidade que possui a Ciência perante a sociedade e a hipótese de se conceber o Direito como fenômeno social legítimo.

Para tanto, foram apresentadas as origens históricas do Direito, as tentativas de definição do Direito pelos diversos pensadores e juristas, e por fim, foi destrinchada a importante questão da juridicidade. Assim, a Juridicidade significa o conjunto de características que o Direito possui e que o torna um objeto possível de ser conhecido e analisado pela Filosofia do Direito.

Desta maneira, do primeiro capítulo extraímos que a legitimidade tem haver com reconhecimento, aceitação e confiança. O ordenamento jurídico percebe tais atributos como possibilidade do Direito ser considerado legítimo.

Isto significa uma gama de interpretações para o Direito, como por exemplo a autonomia de seu conceito. Consideramos portanto, que, o conceito de Direito legítimo é uma regra prescritiva de conduta criada, promovida e garantida pelo poder público do Estado.

Já no segundo capítulo, vimos como dignidade, igualdade e liberdade, já compreendidos como direitos universais, foram colocados pela, primeira vez, em um instrumento com força jurídica, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A noção de Constituição foi sendo construída a partir daí. Assim, a presença da Constituição de um país se configura como um fundamento do ordenamento jurídico. Desta maneira, considera-se que a lei passa a ter eficácia, quando está vinculada à Constituição. E por sua vez, a norma fundamental é o conceito racional que confere validade a Constituição.

Não obstante, o positivismo jurídico, doutrina da Filosofia do Direito, aprofunda o estudo sobre o fenômeno jurídico. Neste momento, o jurista Hans Kelsen propõe uma definição sólida para o conceito de Direito, com o objetivo de afastar definitivamente do campo de conhecimento do Direito questões como Política, Moral, valores ou costumes.

Kelsen realiza um estudo científico do Direito, orientado por um método propriamente jurídico, o que resulta na compreensão do Direito como norma jurídica. Também foram apresentadas certas características da norma jurídica como a Dinâmica Jurídica e a eficácia da norma.

Diante deste quadro, muito embora o Direito se constitua em construção epistemológica secular, foram as diversas considerações críticas tanto a sua fundação quanto a seus efeitos práticos e possíveis falhas em sua concepção que evidenciaram uma possível crise de legitimidade do Direito.

Por isso, no terceiro capítulo foram apresentadas determinadas críticas contundentes ao processo de construção de legitimidade do Direito. A primeira delas, o historicismo, se mostrou contrário a esta construção filosófica, ao considerar os costumes e a tradição histórica de um povo como única fonte de conhecimento do Direito.

O historicismo nega o positivismo jurídico e acaba por referenciar o Direito sobre o tempo histórico em que cada indivíduo vive, portanto, para esta pesquisa, não forneceu uma base sólida para a Filosofia do Direito conhecer as questões jurídicas.

A segunda crítica, formulada por Friedrich Nietzsche e Michel Foucault é reconhecida como um apelo à vitalidade do ser humano. A chamada corrente do vitalismo, então, sugere que a juridicidade tem o efeito prático de limitar a dinâmica e fluidez da humanidade.

A perspectiva aqui é de absoluta negação do ordenamento jurídico positivo, o que, fatalmente, se caracteriza numa postura nihilista de se encarar o fenômeno jurídico. O Vitalismo, portanto, surge como a principal crítica as consequências do ordenamento jurídico positivo, e defende uma postura anti-jurídica. A pretensão vitalista, porém, não contribui para melhorias do Direito e nem sugere aperfeiçoamento de como a juridicidade se dá, de fato, na contemporaneidade.

Como terceiro argumento, o jurista Ronald Dworkin, ao contrário dos críticos anteriores, pretende aperfeiçoar o arcabouço teórico do positivismo jurídico, identificando questões problemáticas.

A percepção de Dworkin, para esta pesquisa, se mostra a mais coerente no âmbito filosófico, pois propõe soluções a uma possível crise de legitimidade do Direito. O Autor aponta que para além da positividade estrita da norma jurídica, ápice do Positivismo Jurídico Kelseniano, existem regras com força jurídica que não necessitam estar positivadas. Tais regras seriam os Princípios de Direito.

Destarte, o Direito tem sua legitimidade construída, portanto, através do conhecimento de sua fundação, da busca pela autonomia de seu conceito e do reconhecimento dos efeitos da juridicidade na chamada Realidade jurídica, que, para Ronald Dworkin seria composta tanto de regras positivas, como as leis, quanto de princípios de Direito.

Por isto, através do desenvolvimento exposto até aqui, esta pesquisa conclui que a incessante busca da verdade realizada pelos esforços da Filosofia do Direito se equivale, finalmente, à própria busca por legitimidade que o Direito demonstra perseguir através dos tempos.

REFERÊNCIAS

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. O Direito em busca de sua identidade em Simone Goyard-Fabre. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 6, n. 2, p. 228-230, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo: Edipro, 2012.

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

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Porque ler Kelsen hoje. Prólogo à obra Para entender Kelsen, de Fábio Ulhoa Coelho. Disponível em: <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/179> Acesso em: 17 jul. 2017.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Linhas fundamentais da Filosofia do Direito ou Direito Natural e Ciência do Estado em compêndio**. Trad. Paulo Meneses. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KOJÈVE, Alexandre. **Introdução à leitura de Hegel**. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto; EDUERJ, 2002.

MORAES, Renato José de. Que tipo de saber é o direito? Entre a ciência, a prudência e a técnica. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 62, n. 1, jan-br. 2017, p. 83-111. Disponível em: <<http://re-vistas.ufpr.br/direito/article/view/47451>>. Acesso em: 5 nov. 2017.

VALADÃO, Rodrigo Borges. **A Definição de Norma Jurídica na Teoria Pura do Direito**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.