DIREITO POSITIVO, CONSTITUIÇÃO E VINCULAÇÃO DO JURISTA

POSITIVE LAW, CONSTITUTION AND JURIST ENTAILING

Andrea Nárriman Cezne*
Igor Andrei Cezne**

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: Este trabalho visa discutir a definição de direito positivo, e as relações entre o jurista, o direito ordinário e a Constituição nesse contexto. Embora uma pesquisa histórica sobre o termo 'direito positivo' mostre que este tem suas origens na oposição clássica entre direito natural – direito positivo, e no movimento para a unificação das fontes do direito, somente estas razões não explicam todas as significações que 'direito positivo' tem atualmente. Este artigo tenta definir o termo 'direito positivo' em seus diversos significados, procurando por uma definição instrumental, que necessariamente reflita o direito positivo atualmente como um conceito em evolução. Após definir direito positivo, discute-se a ligação formada a partir do jurista como intérprete do direito, e os limites desta interpretação, investigando como o vínculo entre o jurista e o direito é criado, e em que senso essa relação com o direito positivo obriga o jurista. O direito positivo passa a ser visto como um vínculo substancial para o jurista, como a leal execução de um 'pacto social fundamental', que não se esgota no texto escrito, mas é continuamente reconstruído através da interpretação pelos atores sociais. Este pacto social é a própria Constituição, como documento fundamental e fundador do sistema jurídico. Ressalta-se aqui o contraste entre o plano do direito codificado, mais fechado à interpretação, e o plano constitucional, no qual se exprimem a sociedade e os seus valores, não restritos somente à interpretação do direito pelo Estado.
Palavras-chave: Direito positivo. Positivação do direito. Constituição. Interpretação. Papel do jurista.

Abstract: This paper intends to discuss the definition of positive law, and the relations between the jurist, ordinary law and Constitution in this context. Although an historical survey on the definitions of "positive law" shows that the term has its origins on the classical opposition with the "natural law" and in the movement to unify the law sources, only these reasons are not enough to explain all the signification that "positive law" has nowadays. This paper tries to define the "positive law" term according to its several meanings, searching for a instrumental definition that necessarily reflects the current concept in evolution. After defining positive law, this paper discuss the link formed as the jurist is a interpret of law, and the limits to this interpretation, investigating how this link is created, and also in which sense this relation with positive law oblige the jurist. Indeed, positive law becomes a substantial concept for the jurist, as for example the execution of a 'fundamental social pact', which doesn't limit to the written text, but its continuously being rebuilt by the social actors' interpretation. This social pact is the Constitution itself, which represents the founding document of the law system. Hence, in this paper we emphasize the contrast between the codified law plan, essentially rigid in its interpretations, and the constitutional plan, in which the society and its values express themselves, not restricted by the law interpretation provided by the State.
Key Words: Positive law. Positivation process. Constitution. Interpretation. Jurist role.

---

* Doutoranda junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGD - UFRGS). Professora do Centro Universitário Franciscano – UNIFRA (Santa Maria, RS).
**Advogado em Santa Maria (RS).

Introdução

Este trabalho visa discutir as questões relacionadas ao conceito de Direito Positivo, suas raízes históricas, demonstrando a evolução no conceito, bem como a espécie de vínculo que une o jurista ao Direito Positivo, modificadas atualmente pelo influxo constitucional. Nesta perspectiva, inicialmente procurou-se examinar os conceitos colocados pelo Positivismo Jurídico, que se pode dizer ser a matriz teórica no qual a conceituação de Direito Positivo, sua delimitação e a defesa de sua relevância sobre quaisquer outras fontes de Direito foram magistralmente defendidos.

A relação do jurista a partir de uma visão de positivação diversa da visão apresentada por essa matriz positiva, ligada necessariamente ao poder do Estado, ressalta o papel criador e reconstrutor de sentido do jurista, como partícipe essencial do processo. O aspecto da interpretação do direito positivo ganha, nesse sentido, novo significado a partir do influxo do direito constitucional. O trabalho visa apresentar um histórico dessas conceituações, e as novas possibilidades apresentadas a partir da Constituição como eixo hermenêutico do processo, influenciando o jurista na aplicação e reconstrução do direito positivo ordinário.

1. Contexto Histórico e Conceituação

A positivação do Direito, conjuntamente ao processo de monopolização das fontes jurídicas no Estado Moderno, através do qual o direito positivo absorveu todo o campo do que é considerado fenômeno jurídico, são tão presentes na mentalidade dos juristas contemporâneos, que é difícil conceber outros conceitos de direito não ligados exclusivamente ao fenômeno da positivação do direito pelo Estado. Entretanto, este fenômeno construiu-se historicamente, e antes da formação do Estado Moderno, não havia monopólio estatal da produção normativa, mas uma pluralidade de fontes. Essa característica da sociedade medieval, na qual a fonte normativa era a própria sociedade civil, somente foi modificada através da centralização política e jurídica realizada na Modernidade, em um processo que se cristalizou somente no Estado Contemporâneo. Neste sentido, Bobbio ensina (1995, p. 26-27):

"A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispondo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não só pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito , ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, aquilo que em outro curso chamaremos de processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado.

A esta passagem no modo de formação do direito corresponde uma mudança no modo de conceber as categorias do próprio direito. Estamos atualmente tão habituados a considerar Direito e Estado como a mesma coisa que temos uma certa dificuldade em conceber o direito posto não pelo Estado mas pela sociedade civil. E, contudo, originalmente e por um longo tempo o direito não era posto pelo Estado: basta pensar nas normas consuetudinárias e em seu modo de formação, devido a um tipo de consenso manifestado pelo povo

através de um certo comportamento constante e uniforme acompanhado da assim chamada 'opinio juris ac necessitatis'".

Conforme destaca Matteucci, o papel relevante que assume o poder legislativo, entre o Medievo e a Idade Moderna, ressaltando a atividade legislativa através de uma concepção voluntarista e decisionista de direito (através do qual a autoridade passa a representar a base da produção normativa) vem a afrontar a concepção medieval de atividade legislativa como simplesmente o dizer o direito, no sentido de acordo e integração entre normas consuetudinárias. Esse processo acirra o conflito entre o príncipe e os estamentos, definindo-se o Estado Moderno entre outros elementos a partir de sua soberania, ou seja, o poder de fazer e desfazer leis. Essa característica vai se desenvolver através do Estado Absoluto, que realiza um monopólio de forças em três níveis: jurídico, político e sociológico. A respeito do monopólio jurídico, Matteucci (1998, p. 33) expõe: "(..) con la afirmación del concepto de soberanía que confía al Estado el monopolio de la producción de las normas jurídicas, por lo que no existe un derecho vigente por encima del Estado que pueda limitar su voluntad."

O processo de formação do Estado, e a normalização da categoria do direito positivo como única fonte juridicamente positiva, através do processo supra exposto, ainda estão presentes no Estado Contemporâneo e na formação dos seus juristas. Obviamente, aqueles conceitos originalmente construídos, tanto sobre a estabilidade do Direito Positivo, processo que atingiu seu ápice com as codificações, quanto a respeito da interpretação do Direito, colocando-a como mera explicitação do que já estava contido na lei, e fundamentalmente a pretensão de um Direito apartado de outras considerações que não as puramente lógico-normativas, em uma tentativa de realizar uma 'purificação do Direito', são idéias já modificadas no mundo de hoje, pela sua inadequação em responder a demandas de uma sociedade complexa, pluralista e globalizada. A necessidade de contínuas adaptações e modificações traz novos desafios para o campo jurídico, levando-se a afirmar que o excesso de produção normativa do Estado trouxe mais problemas do que soluções no presente contexto. O direito positivo como técnica de estabilização das relações jurídicas e, portanto, de realização da segurança jurídica encontra enormes dificuldades porque tenta estabilizar relações que pela sua natureza, são instáveis. Conforme ZACCARIA ('Prezentazione', 1991, p. VII e VIII):

"Oggi invece non soltanto la cultura giuridica non presenta più l'altro grado di omogeneità di un tempo, ma ciò che abitualmente si chiama 'diritto positivo' è caratterizzato da un'estrema mutevolezza di contenuti e da scarsissima univocità dei significati normativi.(..) Può valere oggi un diritto che ieri non valeva e che, probabilmente, domani non varrà: in tal modo l'era della continua modificazione del diritto, della sua radicale contingenza è paradossalmente caratterizzata dallo smarrimento dell'originario carattere di razionalità della volontà giuridica e dal prevalere della labilità e dell'opportunismo. L'esito ultimo di quel processo di positivizzazione che è presupposto e insieme acquisto della società moderna è insomma una crescente difficoltà ad esercitare il proprio compito stabilizzatore di relazione di per sé instabili."

Não se pode esquecer que a noção de Direito Positivo colocado como fonte primeira depende essencialmente do conceito de soberania estatal, conforme supra exposto. O contexto do fim do século XX colocou o Estado (e sua soberania) em posição de questionamento e mesmo de en-

fraquecimento, pela internacionalização da economia, formação e fortalecimento de blocos econômicos e ressurgimento de pretensões separatistas de cunho regional. Portanto, o Estado-nação encontra desafios nos planos intra-estatal e supra-estatal, embora não se vislumbre possibilidade de se perder este ente como base da organização sócio-política e jurídica. Entretanto, neste processo o conceito de monopólio da produção jurídica é questionado, pois se há de conviver com múltiplos ordenamentos, advindos destes organismos supra-estatais, questionando-se a cogência das normas estatais sobre certas situações que ultrapassam as fronteiras do Estado-nação. Veja-se, a exemplo, a dificuldade de regular o fluxo do capital financeiro e os crimes via Internet. Precisa-se de novas formas de ordenação, através da colaboração interestatal e de órgãos supra-estatais com poder de cogência. Neste sentido, colocam-se novos desafios ao Direito, e ao Direito Positivo como técnica, pelo que se afigura importante o estudo e a revisão deste arsenal teórico, que é objetivo deste trabalho.

A origem da expressão direito positivo é encontrada inicialmente como contraposição à expressão direito natural, como o direito criado pelo homem. Era relevante porque na época o Direito tinha uma significação múltipla, relativa às diversas formas de produção e aplicação atribuídas à sua substância operante (FROSINI, 1969). Esta é uma forma de definição que predominou até o fim do século XVIII, e colocavam-se os direitos natural e positivo essencialmente em planos diferentes, considerando-se, portanto como espécies diversas, por vezes uma superior à outra. Esta distinção conceitual, conforme Bobbio (1995, p.15) ensina, já se encontra na Antigüidade Clássica, embora a expressão "direito positivo" seja mais recente, aparecendo primeiramente nos textos latinos medievais. A distinção conceitual feita por Aristóteles opõe o direito positivo, chamado 'direito legal' (nomikón díkaion) e o direito natural (physikón) a partir dos seguintes critérios: a universalidade do direito natural oposta à particularidade do direito positivo, válido apenas nas comunidades políticas onde é posto; e o objeto de regulação dos dois direitos, os comportamentos a que ele se dirige: comportamentos bons ou maus objetivamente (regulados pelo direito natural) e comportamentos indiferentes que assumem uma qualificação quando prescritos pela lei (regulados pelo direito positivo). Estes dois critérios aparecerão posteriormente na obra de outros autores, como Grocius.

A dicotomia aparece também no direito romano, distinguindo-se o direito natural (incluindo aí o jus gentium) e o direito positivo, correspondendo a este o jus civile. O jus gentium refere-se à natureza e o jus civile às estatuições do populus (Bobbio, 1995, p. 18), colocando como critérios: a universalidade/ particularidade (já referido), a fonte do direito – a natureza e as instituições políticas e a temporalidade – mutabilidade do direito positivo e imutabilidade do direito natural. Também aparece, em outra definição apresentada no Digesto (um fragmento de Paulo), um critério de valoração das ações: o direito natural estabelecendo aquilo que é bom (critério moral) e o direito civil aquilo que é útil (critério econômico).

Na época clássica o direito natural não era considerado um direito superior ao positivo: o direito natural era concebido como direito comum e o positivo como direito especial ou particular da civitas. Prevalecendo o direito particular sobre o geral, o direito positivo poderia prevalecer sobre o natural em caso de conflito entre ambos (Bobbio, 1995, p. 25).

Já no período medieval, modifica-se a situação, estabelecendo-se uma relação

hierárquica entre o direito natural e o direito positivo: "o direito natural é considerado superior ao positivo, posto seja o primeiro visto não mais como simples direito comum, mas como norma fundada na própria vontade de Deus". (BOBBIO, 1995, p. 25) Segundo Matteucci (1998, p. 38), o direito natural é algo vago, ao mesmo tempo relacionado com o direito divino, e por outro lado imanente aos próprios costumes, validando-os. Encontra-se nesta concepção a superioridade do direito natural sobre o positivo, que sobreviveu no pensamento jusnaturalista.

Voltando à origem histórica do termo jus positivum, as pesquisas indicam como primeiro pensador a utilizá-la Abelardo, em fins do século XI. Define o direito positivo essencialmente pelo seu critério de origem, o direito posto pelos homens, opondo-se ao direito posto por algo que está além destes homens, como Deus ou a natureza. Esta última definição metafísica do Direito Natural encontra-se presente em todos os escritores medievais e no jusnaturalismo racionalista.

Dentre as definições de direito natural e direito positivo do Jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, a definição mais célebre considerada pelo autor é a de Grocius (BOBBIO, 1995, p. 20-21), na qual se destaca como critério a origem do direito: o direito positivo (civil) como derivado do poder civil, que é posto pelo Estado. Um novo critério é colocado pela definição de Glück, em seu Commentario alle Pandette (BOBBIO, 1995, p. 21): o modo como se conhece o direito – o direito natural através da razão e o direito positivo através de uma declaração de vontade alheia, a vontade do legislador. Observe-se que todas as definições colocam a coexistência dos dois direitos. A exclusão do direito natural como espécie de direito ocorreu posteriormente, principalmente através do positivismo jurídico, que reduz todo o direito somente ao direito positivo, considerado o direito em sentido próprio.

A crítica ao direito natural pressupôs uma crítica à filosofia jusnaturalista, que baseava esta concepção. Esta "dessacralização" do Direito Natural ocorreu no contexto da crítica anti-racionalista realizada pelo historicismo, movimento que surgiu e difundiu-se na Alemanha, entre fins do século XVIII e início do século XIX (Bobbio, 1995, p. 45). Como obra pioneira destaca-se o tratado de HUGO, "Tratado do direito natural como filosofia do direito positivo" (Lehrbuch des Naturrechts als eine Philosophie des Positiven Rechts, de 1798), de acordo com FROSINI (1969). Nesta obra, o direito natural vinha concebido como "uma filosofia do Direito Positivo", ou seja, como uma consciência racional, uma elaboração conceitual e uma sistematização orgânica "daquilo que se pode dizer Direito no Estado", como havia dito Hugo: com exclusão, portanto, de tudo quanto, com aparência pseudojurídica, não tivera aplicação na realidade dos ordenamentos estatais, que são determinados histórica e territorialmente. Portanto, o direito natural não é aqui considerado como um sistema normativo auto-suficiente. Esta crítica ao direito natural, como direito universal e imutável deduzido pela razão, pode ser considerada um pressuposto necessário para o positivismo jurídico. Entretanto, ao direito natural a Escola Histórica contrapõe o direito consuetudinário, como expressão imediata da realidade histórico-social.

O direito natural como doutrina teve ainda um período de grande florescimento doutrinário e prático nas concepções do Racionalismo do século XVIII. Apesar dos escritores teorizarem sobre a onipotência do legislador, ainda baseiam-se nos conceitos básicos da filosofia jusnaturalista, que teve grande influência na formação

das Constituições americana e das Constituições da Revolução Francesa (Bobbio, 1995, p. 42). Portanto, o Estado realmente se constitui baseando-se no estado de natureza e no contrato social, e mesmo na organização do Estado os homens ainda conservam certos direitos naturais fundamentais.

As conseqüências desta concepção manifestam-se naqueles espaços que o legislador deixou de regular: as lacunas da lei. Os autores dos séculos XVII e XVIII reconhecem a existência destas lacunas e afirmam que nestes casos o juiz deve decidir utilizando o direito natural. Esta função sub-rogatória é praticamente uma opinião comum entre os escritores desta época. Sobrevive até o período das codificações, e ainda propaga-se na própria codificação. Exemplo dessa situação trazido por Bobbio é o Artigo 7º do Código Austríaco de 1811, estabelecendo que sempre que um caso não puder ser decidido com base em disposição expressa de lei, nem por analogia, deve-se recorrer aos princípios de Direito Natural.

Até o próprio Código Napoleônico, considerado como início absoluto de uma nova tradição (baseada somente no direito positivo) passou a ser assim tratado em razão de seus primeiros intérpretes (a chamada 'Escola da Exegese', que será posteriormente referida), ao adotarem o princípio da onipotência do legislador, e não por obra dos redatores do próprio Código. Estes não excluíram a aplicação do direito anterior, dos costumes ou da eqüidade, conforme interpreta Bobbio (1995, p. 74-75), ao comentar a solução dada pelo artigo 4º do referido Código, aplicável aos casos de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei. Originalmente, este artigo intencionava deixar aberta a possibilidade de livre criação do direito por parte do juiz nessas situações. Como argumento, Bobbio traz o discurso de Portalis, um dos idealizadores do Código, ao apresentar o projeto do Código ao Conselho de Estado (PORTALIS *apud* BOBBIO, 1995, p. 76):

"(...) na falta de um texto preciso sobre cada matéria, um uso antigo, constante e bem estabelecido, uma série não interrompida de decisões similares, uma opinião ou uma máxima adotada, funcionam como lei. Quando não há relação nenhuma com aquilo que está estabelecido e é conhecido, quando se trata de um fato absolutamente novo, remontam-se aos princípios do direito natural. Pois, se a previdência dos legisladores é limitada, a natureza é infinita e se aplica a tudo que possa interessar aos homens."

Portanto, a exclusão completa do Direito Natural deu-se por influência dos intérpretes posteriores do Código Napoleônico, que interpretaram a norma proibindo a denegação da justiça com base no princípio da onipotência do legislador, e portanto da completude do ordenamento jurídico. As discussões sobre o problema da distinção e independência do direito positivo em relação ao direito natural, confundiam-se ainda com a discussão sobre a independência entre direito e moral, segundo FROSINI (1969).

A par desta oposição direito positivo/ direito natural, ainda hoje uma definição interna da positividade é discutida, ou seja, de que modo o direito pode definir-se como positivo, ou quais são as características intrínsecas do direito positivo. Para tentar esclarecer a questão, outros critérios de definição de direito positivo foram levantados, como o critério das fontes formais, e o critério temporal, como direito vigente.

Segundo LIBERTINI (1991, p.61-62), pode-se distinguir três acepções diversas de direito positivo, e três significados de positividade correspondentes: a

primeira como 'direito positivo' o direito criado pelos homens, opondo-se ao direito natural; a segunda, direito positivo como o direito consistente no conjunto de normas formalmente postas, isto é, reconduzíveis a fontes formalmente reconhecíveis em um ordenamento dado, e a terceira direito positivo como direito vigente.

Estas formas diversas de conceber o Direito Positivo implicariam também em vínculos diversos do jurista com o Direito Positivo, portanto estão ligados à operacionalização do Direito, e não são conceitos colocados apenas no plano teórico. A definição de um vínculo mais restrito e vinculante para o jurista responderia, sobretudo a um valor de certeza, mas também à exigências de justiça, coerência entre decisões concretas e valores professados (LIBERTINI, 1991, p. 66) Uma definição de direito positivo é útil se: indica claramente o que não é Direito Positivo e é suscetível de tradução em termos prescritivos, podendo fornecer a base conceitual para uma prescrição metodológica e assim se possa falar de um "vínculo do direito positivo para o jurista".

Tratando da definição de direito positivo como direito criado pelo homem, em oposição ao Direito Natural, portanto, coloca a insuficiente significação atual desta definição. Embora reconhecendo a vitalidade contemporânea do jusnaturalismo, por uma exigência lógica de um mínimo de regras de convivência humana (LIBERTINI, 1991, p. 68-69) e, portanto a existência de um princípio ordenador que justifique os atos jurídicos, critica esta concepção colocando que esta não é uma razão lógica ou ontológica que impediria de se substituir a uma ordem natural uma ordem convencional das coisas. Neste sentido, uma ordem convencional satisfaz melhor à necessidade de ordem do direito, por fundar-se no livre arbítrio dos indivíduos, e, em última análise, em uma idéia de pacto social fundamental, pelo qual se enfatiza a responsabilidade de todos em garantir e respeitar certos valores. Colocando o fundamento da norma na idéia de 'pacto entre irmãos', o convencionalismo constitui-se no modelo arquetípico da democracia (LIBERTINI, 1991, p. 70).

A idéia de Direito Positivo como direito vigente refere-se a uma qualidade do Direito que é necessariamente limitada a um determinado contexto espaço-temporal e tipicamente relacional. Um direito, de fato, é 'vigente' somente com referência a qual sujeito ou a qual jurista que esse se refere (para os outros sujeitos e para os outros juristas isto constituirá sempre um 'fato', um possível objeto de conhecimento, não um sistema de regras vinculantes).(LIBERTINI, 1991, p.63) Neste sentido, pode diferenciar o ponto de vista interno do ponto de vista externo do direito: o primeiro, do jurista positivo como conhecedor e crítico do direito concreto, e o segundo, do filósofo ou historiador do direito. Além de estudar o direito positivo, o jurista também objetiva 'resolver problemas concretos' em um ordenamento dado.

Direito Positivo como direito vigente é um conceito interessante porque permite falar de um "vínculo substancial" do jurista com o direito positivo – um "senso de pertencimento" a um ordenamento e dever de lealdade ao mesmo, pressupondo-se aí um mínimo de adesão ideológica ao mesmo (LIBERTINI, 1991, p. 73) A lealdade ao ordenamento deve operar como um vínculo substancial, deontológico para o jurista. Neste sentido, uma reconstrução da idéia de 'fidelidade à lei' (ao direito vigente) deve ser vista como a leal execução de um 'pacto social fundamental'.

A noção de direito positivo como norma formalmente posta e promulgada – expressa em fontes formalmente reconhecíveis – permite uma distinção clara

do que é direito positivo, através de um critério formal. Entretanto, o direito positivo não se exaure nas disposições normativas formalmente expressas, mas é fruto de uma contínua criação jurisprudencial (criticando-se aqui a noção do positivismo tradicional na qual a interpretação é vista como desvelamento do que já estava contido na lei) (LIBERTINI, 1991, p.86-87). Apesar da crítica que se possa fazer, não se invalida a idéia da necessidade de argumentar qualquer solução jurídica com base em um critério de compatibilidade com um sistema de fontes formalmente reconhecíveis. As vantagens deste conceito seriam a possibilidade de um controle racional das decisões jurídicas e ser um modo de 'levar a sério' o Estado, indispensável para proteger certos valores políticos (como os direitos fundamentais). Assim, uma metodologia positivista envolvendo estes dois aspectos (vínculo substancial e vínculo formal com o direito positivo), expressos no direito positivo como direito vigente e direito formalmente reconhecido, poderia realizar uma boa síntese entre a exigência de coerência interna do ordenamento e de dinamismo do mesmo (LIBERTINI, 1991, p. 89).

Outros conceitos de direito positivo admitem elementos como a efetividade do direito no corpo social, ou reconhecem como fontes um espectro mais amplo, dando maior liberdade ao jurista na criação do próprio Direito. Conforme ZACCARIA (1991, p.XI e XII), um conceito mais complexo de direito positivo, constituído de normas legislativas, decisões judiciais e o reconhecimento pela prática social dos cidadãos, significa delinear um modelo de direito que não pode prescindir da norma mas que a vê existente somente em seu uso no comportamento geral e comum dos cidadãos, neste sentido reconhecendo a necessidade de basear-se na prática interpretativa acumulada na experiência de todos os sujeitos do ordenamento. Neste sentido, Letizia GIANFORMAGGIO (1991, p.9-10) coloca como conceito de direito positivo um conjunto de palavras (textos, enunciados, disposições normativas), significados (implicitamente e explicitamente produzidos), argumentações (através das quais se estruturam percursos de reconhecimento e interpretação) e práticas sociais (aquelas práticas jurídicas e/ou produtoras e/ou aplicadoras do direito por parte de seus próprios artífices e idealizadores).

Pode-se dizer, portanto, que os conceitos de direito positivo podem variar em seus elementos e na sua maior ou menor rigidez, de acordo com várias concepções jurídicas e filosóficas de quem o descreve. Influencia nesta variação a própria vinculação que se dá ao jurista ao direito positivo, na hermenêutica da norma jurídica, existindo mesmo a possibilidade de incorporação da interpretação no próprio processo de positivação da norma jurídica, em uma concepção mais aberta e flexível do que é direito positivo. Neste sentido, é importante examinar-se o que é afinal, a positivação do Direito, como processo gerador do direito, atribuindo uma qualidade especial ao Direito, a sua positividade.

2. A Positivação do Direito como Processo Social e Jurídico

Pode-se conceituar de um modo sintético o Direito como um conjunto de normas de conduta visando a regulamentação de relações fundamentais para a convivência e sobrevivência da sociedade (como as relações familiares, políticas, econômicas), bem como a regulação dos procedimentos de reação social ao descumprimento destas regras (institucionalização da sanção). São normas utilizadas para a solução de conflitos e estabilização geral do corpo social, tendo como traço diferencial de outros sis-

temas sociais normativos seu recurso em última instância à força física para obter o respeito às normas estatuídas (BOBBIO, 1993, p. 349) Portanto, a coercibilidade das regras coloca-se como elemento central no sistema jurídico, identificado contemporaneamente com o Estado, na medida em que se converte em um de seus instrumentos mais fortes, pelo monopólio estatal de exercício legítimo da força.

Entretanto, a norma jurídica colocada como ato do poder estatal não se impõe simplesmente pelo poder coercitivo do Estado. O problema da legitimidade do direito foi respondido de modos diversos no campo da teoria do Direito. A legitimidade da norma pode ser reconduzida a valores metajurídicos, nos quais uma ordem jurídica seria legítima se correspondendo a um modelo jurídico ideal, em uma concepção jusnaturalista, ou buscar sua legitimidade formalmente, através do próprio processo de positivação, em um modelo positivista. Aqui na questão da gênese da regra, no processo de impô-la e legitimá-la se apresenta a análise do conceito de positividade da norma jurídica e do processo de positivação do Direito.

Tratando-se deste processo, há de examinar as questões da natureza e legitimidade da criação do Direito, necessariamente ligadas às relações entre o próprio Direito e o Estado. Weber, teorizando sobre a relação entre o Estado e o Direito, através das diversas formas de poder legítimo, identificou o surgimento do Estado Contemporâneo na passagem das formas de poder tradicional – características de Estados patriarcais e patrimoniais, em que o Direito é fundamentalmente consuetudinário ou judiciário, ao poder legal, onde o Direito assume sempre mais a forma de norma estabelecida (criando um Estado representativo e administrativo) (BOBBIO, 1993, p. 352).

Desta forma, o Direito em um Estado de poder tradicional é transmitido pela tradição e renovado pelo corpo judiciário, enquanto os Estados de poder legal são caracterizados pela existência de órgãos diversos para produzir novas regras e para aplicar as regras já estabelecidas; traço relevante é a importância que assume sobre todas as outras formas de Direito, o Direito sob a forma de lei. De acordo com Bobbio (1993, p. 352):

"Um dos pressupostos do poder legal, segundo Weber, é que 'qualquer Direito pode ser estatuído racionalmente quanto ao valor e quanto ao escopo ou quanto a ambos, mediante um pacto ou uma imposição.' Um segundo pressuposto é que 'todo Direito é em essência um cosmos de regras abstratas e de normas estatuídas propositalmente.(Economia e sociedade, I, p.212)"

Observa-se hoje que a ênfase no poder estatuído como a única fonte do direito positivo, atrelado essencialmente ao papel ocupado pela lei, apresenta-se hoje como insuficiente, e antes bastante contestável. Em busca de uma purificação do Direito, retirando deste uma necessária legitimação a partir de um ordenamento superior (em oposição ao direito natural), procurou o positivismo fundar o conceito de direito no processo formal de nascimento da norma, referindo-se aqui ao procedimento legislativo, o direito que se põe por obra de uma autoridade coercitiva formalmente reconhecida (ZACCARIA, 1991, p. 335). O direito passa a ser considerado como um processo que se autolegitima, que se estatui por força própria.

O conceito de positividade adotado neste contexto baseia-se em dois postulados: o postulado da existência do Direito dependente essencialmente do ser posto da norma ou do direito (buscando seu fundamento em uma autoridade específica, no próprio ato subjetivo de determinação da

parte do poder) e na pretensão do positivismo de limitar-se à percepção empírica do Direito, ao dado jurídico como algo definitivamento posto. O problema destes postulados é realizar uma redução empiricista do Direito, identificando-o com um objeto já determinado, como uma realidade naturalística, dada e conclusa, não modificável. O Positivismo assume, portanto, um conceito voluntarístico de Direito, acentuando o papel de quem pode colocar (impor) o direito, identificando e exaurindo desta forma o direito na mera voluntas estatal, o ato mesmo da imposição do direito colocando como aspecto decisivo da positividade, assumido como diferenciação entre este e outros sistemas normativos.

Além disso, a ênfase colocada no ato de imposição do direito colocava uma conexão necessária entre o Estado, como único criador da norma, e o direito positivado. Essa ligação é difícil de ser sustentada no mundo de hoje, no qual o monopólio da produção normativa é questionado, tornando-se cada vez mais difícil demonstrar a validade da teoria imperativística, ligada ao monismo jurídico.

Entretanto, o direito não se pode permitir não ser positivo. Este é elemento essencial, que não se confunde com uma concepção de direito como dado pronto e disponível. A positividade não pode prescindir de se referir a elementos fáticos, a textos e documentos vinculantes, como forma de prova certa e notícia do que foi deliberado na organização da sociedade. (ZACCARIA, 1991, p. 343) Além disso, atua o texto literal como limite negativo, colocando o espaço de concretização da norma, e portanto o vínculo hermenêutico do jurista com o direito positivo, principalmente no sentido de dar-se uma certa previsibilidade às decisões judiciais. A cadeia normativa apresenta gradações diversas de determinação e identidade: as regras detêm maior determinação de casos que os princípios; e as sentenças são dotadas de maior determinação do que as regras. E esta presença de graus diversos de definição e determinação no ordenamento obedece a necessidade de se garantir duas exigências conflitantes: certeza- estabilidade de um lado e renovação –mobilidade do outro (ZACCARIA, 1991, p. 347-348).

Da mesma forma, ressalta Paolo Grossi que o direito moderno não pode abrir de ser positivo, mas ressalta a necessidade de compreendê-lo como um constructo histórico, não um dado posto, mas concreto resultado de conflitos e escolhas realizados por uma sociedade no tempo (2003, p. 63-64):

"El derecho – y menos aún el derecho moderno – no puede abdicar de su dimensión formal, abasteciendo de categorías la incandescente fluidez de los hechos sociales y económicos, pero con la conciencia siempre de que esas categorías dan forma y figura a un saber encarnado, a una historia viva. En suma, siempre se debe tratar de categorías ordenadoras, que pesquen dentro de la realidad – que no floten sobre la realidad – como és proprio de todo fenónemo auténtica y no ficticiamente ordenador. Ser y deber ser necesariamente se mezclan condenando las teorías puras entre los admirabiles ejercicios retóricos de ingeniosos juristas."

Todavia, o conceito de positividade procurou modificar-se para atender a demandas antes inexistentes, e a uma sociedade complexa e plural, na qual o papel do jurista como interpretador do direito se afigura como concretização progressiva da norma, relacionada a casos concretos. Segundo ZACCARIA (1991, p. 345), o movimento circular da lei ao caso concreto, e do caso concreto à lei, produzido na atividade interpretativa, ou seja, a espiral hermenêutica, faz com que uma norma tor-

ne-se positiva graças à sua diferenciação dos elementos constitutivos de sua forma inicial, de modo tal que na reformulação de seu conteúdo ainda se permite ao intérprete reconhecê-la nas concretas circunstâncias do fato.

Desta forma, a Positividade é hoje conceituada como um processo que não é dado unicamente na norma, mas construído, abandonando-se uma descrição definitiva de direito positivo, e colocando-se a positivação como uma relação entre uma pluralidade complexa de sujeitos, variável no tempo: "Il diritto non è piu (se maio lo stato) una grandezza oggettiva bell'e pronta, ma piuttosto risultato, sempre aperto, di un lungo processo, in cui la norma non rappresenta che uno soltanto, anche se certamente imprescindibile e tra i più rilevanti fattori costitutivi." (ZACCARIA, 1991, p. 330)

O processo de positivação não se pode dizer concluso no mero ato de autoridade que coloca a norma, mas se prolonga além da função legislativa, reformulando de modo progressivo seu conteúdo normativo. Neste sentido, relevante é sobretudo a interpretação elaborada historicamente sobre ela expressa pela jurisprudência. Construindo-se incessantemente a partir daquele enunciado normativo sobre o qual exercita-se a ação hermenêutica, a positividade implica inevitavelmente em todos os atos aplicativos subseqüentes à normatização, que determinam possibilidades sempre novas de concretização do direito existente. (ZACCARIA, 1991, p. 331)

Retomando a criação normativa, e realizando uma crítica à conceituação estreita de direito, a fim de desvinculá-lo de seu ranço potestativo, GROSSI (2001, p. 73) ressalta a necessidade de conceber a normatização como um processo que não se esgota com a produção legislativa da norma, de forma que o direito positivo deve envolver também o momento subseqüente: o da interpretação, como formador da realidade complexa da norma e condição necessária para a concretização de sua positividade. Para chegar a isto, é necessário que o jurista mude seu ponto de vista, ou na linguagem do autor, os óculos sobre o nariz do jurista, de forma a reconhecer o vínculo necessário do direito com a realidade:

"Certamente, per arrivare a questo, occorrono altri occhiali sul naso dei giuristi; occhiali che non sminuiscano l'interpretazione a una dimensione meramente conoscitiva ma la colgano come vita della norma nel tempo e nello spazio, carnalità della norma in quanto esercizio, prassi, uso; occhiali che siano disposti ad accogliere entro il paesaggio giuridico anche la comunità degli utenti in funzione non meramente passiva, che siano disposti ad ammettere non un solo protagonista monocratico (il detentore del potere) ma una pluralità folta di sujeite. Forse, è proprio giunto il tempo di cominciare a costruire il diritto anche dalla parte di quilo che la tradizione ha chiamato, com implicito dispregio, i destinatarii del comando" (GROSSI, 2001, p. 73-74).

Nessa linha de raciocínio, a positividade do Direito não é um dado, mas um vir-a-ser que se constrói através do tempo, seja no processo social formativo da norma (no qual não se pode ignorar a influência dos padrões sociais formatados juridicamente, aliados às necessidades técnicas que motivam a criação legislativa) seja na sua interpretação pelos atores sociais. Corrobora-se, nesse sentido, a abertura interpretativa do texto normativo, em especial, da Constituição, na linha preconizada por Häberle. Conforme ressalta BONAVIDES (2000, p. 465-467), a teoria do eminente professor alemão leva a tópica às últimas conseqüências, inserindo fortemente a de-

mocratização no processo interpretativo, alargando o círculo dos participantes do processo. A interpretação deve ser compreendida em seu sentido amplo, abrangendo não somente a interpretação restrita da esfera jurídica (especialmente a interpretação dos Tribunais), mas a interpretação advinda da comunidade de cidadãos. Para tanto, Peter Häberle entende ser essencial a tarefa de todos os participantes da sociedade, como intérpretes autorizados e legitimados pela própria Constituição:

"O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos "intérpretes da Constituição da sociedade aberta". Eles são os participantes fundamentais no processo de *"trial and error"*, de descoberta e de obtenção do direito, A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e habitualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (*die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit*), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles (1997, p. 42-3)."

A abertura e a publicidade do processo hermenêutico conferem legitimidade ao texto (CITTADINO, 2000, p. 31), ou, como sustenta Inocêncio Mártires Coelho, "só assim, entendida como ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, a Carta Política será também uma constituição aberta, de uma sociedade aberta e verdadeiramente democrática" (2002, p. 14). Conclui-se nesse sentido, que a construção hermenêutica é um processo incessante no qual todos são intérpretes do Direito, seja como operadores diretos do sistema jurídico (com funções de defender/ acusar em juízo ou julgar), seja como parte da administração estatal, seja como cidadãos que querem guiar seus comportamentos naquilo que consideram como conforme ao Direito. É o reconhecimento da necessária abertura interpretativa do direito, abertura que permite que o mundo real, a vida invada o Direito.

3. A Crise da Teoria das Fontes e do Sistema Jurídico Fechado

Quando se analisa a questão do direito positivo, e de seu papel no sistema jurídico, e do vínculo do jurista a esta estrutura, deve-se tratar necessariamente da configuração da teoria das fontes a partir de uma ótima positivista, bem como deve ser examinada a questão do fechamento do sistema a partir de determinada interpretação anteriormente posta do conceito "direito positivo". Desta forma, se conceituado direito positivo como direito legislativo vigente, e for considerado como próprio do jurista a interpretação da norma estritamente na sua literalidade, ou buscando uma 'vontade do legislador' que sirva de norteador na sua interpretação, ter-se-á uma vinculação estrita do jurista a um direito positivo rigidamente delimitado, como norma posta, pronta e acabada.

Esta interpretação, que adquiriu seu ápice na Escola da Exegese francesa, amarra o jurista aos desígnios do Poder que, naquele contexto histórico, pôde criar a norma. Desta forma, restringe o papel do jurista, que se limita a subsumir em um raciocínio hipotético-dedutivo, as situações concretas à norma abstrata. Na sua formulação, propugnava a Escola da Exegese que "a atividade do intérprete resumia-se a isolar o fato e identificar a norma jurídica a ele aplicável, como se fosse tal atividade uma operação lógico-formal" (FINGER, 2000, p.88). Como salientou Montesquieu,

o juiz devia ser la bouche de la loi, "a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força nem o rigor" (1992, p. 176). A esta vinculação necessariamente associar-se-á os dogmas da completude do ordenamento jurídico (negando-se a existência de lacunas) e a própria noção do Direito como um sistema fechado, no qual as soluções estão tão somente em seus próprios elementos, cujas relações devem ser buscadas pelo intérprete sem recorrer ao meio social circundante ou qualquer referências externas. De acordo com COUTO e SILVA (1976, p.78):

"A fim de que se pudesse tratar da subsunção apenas como problema lógico-formal, conforme fazia a corrente dominante no século XIX e em boa parte deste século, seria necessário considerar-se o mundo jurídico como totalidade, preenchendo-se a eventual lacuna legislativa com o raciocínio axiomático. Daí decorreria o postulado de que não haverá direito sem fundamento em lei ou que dela pudesse ser deduzido. Essa teoria rígida das fontes encontrou sua justificação com o positivismo, ou com o conceito positivista de ciência. Não se pense que essa orientação do pensamento jurídico se tenha feito pregoeira apenas do método exegético gramatical e se haja filiado à jurisprudência dos conceitos. A integração das lacunas legislativas realizava-se através do sentido e finalidade das demais leis integrantes do código, levando-se também em consideração a base típica de interesses que as ditou. E a própria 'analogia legis vel juris' não lhe era estranha. À parte este instrumento teórico utilizado pelo exegeta, todos os princípios que não pudessem ser deduzidos por aqueles processos, não deveriam se considerar jurídicos. Daí porque os juristas da escola positivista não têm apreço pelas possibilidades criadoras decorrentes de 'cláusulas gerais'. De tal atitude resulta que as soluções jurídicas ganham, inegavelmente, em certeza, com prejuízo, no entanto, do aspecto propriamente ético".

Esta concepção de sistema jurídico como sistema fechado, com a rígida vinculação do intérprete ao direito legislado, demonstra suas falhas especialmente nas experiências totalitárias da Europa, nas quais uma vinculação estrita do Judiciário ao direito legislado por regimes de exceção não permitiu o questionamento destas normas, dando forma e respaldo jurídicos às atrocidades cometidas por estes regimes, em nome de uma atuação puramente técnica destes juristas.

Percebeu-se que a dogmática jurídica da forma como se estruturava não apresentava formas de garantia possíveis contra estas situações de exceção, e mais, que não conseguia sequer tratar destas questões conceitualmente. As questões de justiça e de conteúdos das normas não se introduziam em um mundo asséptico de um direito dado, posto pelo Estado, no qual a norma é início e fim do raciocínio hermenêutico. Não se questiona o fundamento da norma, mas apenas a sua origem: a validade é analisada formalmente através dos requisitos da competência e do procedimento previsto.

O esgotamento teórico corporificou-se na chamada crise da teoria das fontes, pela qual percebeu-se que colocar unicamente o Estado, através do Direito legislado, como única fonte normativa, ou a principal delas, já era insuficiente frente aos problemas colocados pela realidade.

A falência estrutural da dogmática jurídica trouxe mesmo o renascimento do direito natural e de outros conceitos anteriormente expulsos da teoria jurídica, como forma de retomar uma ligação perdida com elementos que não tinham forma de entrar no mundo jurídico (ou efetividade na sua

aplicação), valores ou princípios que permitissem o contraste das normas positivadas pelo poder estatal. Esta incorporação deu-se em todos os campos do Direito, tanto Público quanto Privado. De acordo com COUTO e SILVA (1976, p.74), tratando de direito das obrigações, mas que pode aqui ser utilizada:

"A crise da teoria das fontes resulta da admissão de princípios tradicionalmente considerados meta-jurídicos no campo da ciência do Direito, aluindo-se, assim, o rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo. Em verdade, outros fatores passaram a influir poderosamente no nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional, fatores esses decorrentes da cultura e da imersão dos valores que os Códigos revelam no campo social e das transformações e modificações que produzem. A crise decorre da concepção de que um código por mais amplo que seja não esgota o 'corpus juris' vigente, o qual se manifesta através de princípios, máximas, usos, diretivas, não apenas na interpretação judicial, como também na doutrinária".

Entretanto, não se poderia deixar que estes elementos, indefinidos e fluídos, entrassem no mundo jurídico de qualquer forma, sem limitações ou controle sobre sua aplicação, do contrário o poder absoluto apenas deixaria de ser o de legislar para ser o de julgar. Substituir-se-ia uma forma de ditadura por outra, no julgamento sem parâmetros definidos. Além disso, a necessidade de formas de proteção de um regime democrático era premente, e questionava-se quais os mecanismos para esta manutenção.

A solução encontrada representou uma verdadeira re-fundação e transformação do Estado através de um pacto fundamental: a Constituição. Não a Constituição apenas como documento político, mas como elo efetivo entre a democracia e a proteção de direitos fundamentais, que deveria efetivar-se sempre na aplicação do Direito. A Constituição fundante, carta de valores da sociedade e garantidora de direitos, trouxe uma nova forma de Estado: o Estado Democrático de Direito. Esta nova dimensão trouxe uma re-interpretação do ordenamento jurídico, tendo que adaptar-se às previsões da Carta Constitucional, e mais, novas possibilidades na medida em que se incorporaram princípios, expressões de valores da sociedade consensualmente alcançados e positivados no texto constitucional.

Todo este movimento aliou-se a uma nova cultura jurídica, nascida pela quebra do mundo da segurança, transformando-se o paradigma sobre o qual trabalham os operadores jurídicos: de um sistema fechado, auto-referenciado de modo absoluto para um sistema aberto, de auto-referência. Este mundo da segurança anteriormente (supostamente) existente permitia ao jurista uma forma de interpretação 'segura', estática e linear, na medida em que alicerçava-se sobre dois fundamentos principais: primeiro, a identidade entre o direito e a lei e entre a lei e a norma (que conduzia em última ratio, ao mito da identidade entre a norma e seu texto) e em segundo lugar, a própria sistematicidade externa aos textos legais codificados, permitindo que os campos jurídicos fossem rigidamente demarcados nos seus vários códigos correspondentes (MARTINS-COSTA, 1999, p. 275-276). Esta estrutura foi abalada pelas mudanças das condições históricas que configuraram seus elementos, necessitando-se de reformulações paradigmáticas a fim de enfrentar esta crise teórica e prática (MARTINS-COSTA, 1999, p. 276):

"Hoje vive-se, diversamente, no 'mundo da insegurança'. Esta não reside apenas na circunstância da multiplicidade

dos textos legais que abalaram a estrutura codificada, mas, fundamentalmente, da impossibilidade de manter-se, no universo em que vivemos, a integridade lógica do sistema. Profundas fissuras fizeram ruir a tríplice ideologia que sustentava a relação sistema-código, vale dizer, a ideologia da sociedade, a ideologia da unidade legislativa e a ideologia da interpretação."

Explicitando o que seriam estes elementos componentes da ideologia sistema-código, coloca-se que a ideologia da sociedade referia-se fundamentalmente aos valores liberais-burgueses, a idéia de um progresso individual, sustentada por uma idéia de unidade entre Estado e sociedade civil. A ideologia da unidade legislativa consistia na visualização do Código civil como um sistema completo, harmônico, "auto-referente das leis civis" (MARTINS-COSTA, 1999, p. 277), a verdadeira Constituição da vida privada: uma unidade legislativa que refletia a unidade das relações sociais representadas pela unidade da classe hegemônica, portanto a impossibilidade de existência de um espaço de expressão de outros valores que não os da burguesia. A ideologia da interpretação refletia-se nos limites colocados aos juristas, adstritos a interpretação através de uma plana subsunção operada através da lógica silogística, decorrente do próprio postulado de unidade sistemática do ordenamento.

Estes postulados foram minados e impossibilitaram a continuação deste paradigma jurídico. Já não há mais a suposta unidade cultural sob a qual baseava-se a ideologia da sociedade, e em seu lugar instalaram-se a massificação social, com a perda de relevância do individualismo como motor de desenvolvimento do progresso econômico, e o pluralismo social e cultural. A tese da unidade legislativa foi derrubada pela inflação legislativa, representando a agregação de inúmeras leis especiais, fugindo à sistematização característica da codificação, pela constatação da impossibilidade de unificação de todos os interesses em um único instrumento legislativo, não havendo mais um sujeito comum como interlocutor (MARTINS-COSTA, 1999, p. 281). O estreitamento das fronteiras entre o direito público e o direito privado, com as crescentes intervenções do Estado, o reconhecimento da força normativa da Constituição sobre o direito privado e o questionamento da doutrina clássica da divisão de poderes, além da recepção de modelos de raciocínio advindos da commom law em sistemas romano-germânicos (levando à uma redefinição do papel da jurisprudência como fonte normativa) colaboraram na chamada "crise da lei".

Em relação à chamada crise da lei, especialmente no campo do Direito Privado, agravou-se em função do papel centralizador e vértice do sistema representado pelo Código Civil – e nesse sentido, pode-se dizer de uma crise da codificação. Segundo Gustavo Tepedino (2000, p.5), o monossistema codificatório transforma-se em polissistema – formado por vários microssistemas, regulações específicas dentro do campo maior. Destaca também o agravamento da crise, a partir da relação entre o sistema normativo nacional e a importância cada vez maior das normas supranacionais (tratados, convenções, pactos, regulamentos de mercados regionais) que aprofundam a crise das fontes normativas. Questiona-se como deverá ser o comportamento do intérprete perante a fragmentação e multiplicidade do sistema. Nas palavras do autor:

"Afinal, como agir o intérprete diante do sistema fragmentado e do pluralismo tão acentuado de fontes, não raro de difícil gradação hierárquica? E o quadro ainda se agrava, posteriormente, em face da prolife-

ração de produção legislativa, estimulada pelos avanços da tecnologia e por uma realidade econômica cada vez mais complexa, a reclamar novos mecanismos de regulamentação. (TEPEDINO, 2000, p. 5)"

Destaca o autor que com o já referido ocaso da chamada era da segurança, o fim do período marcado pelo delicado equilíbrio entre as fontes normativas, há uma premente necessidade de um repensar dos parâmetros interpretativos. (TEPEDINO, 2000, p. 6) Percebe-se, desta forma, a insustentabilidade da antiga teoria das fontes e da ideologia da interpretação através unicamente da norma posta, que foi atingida por ancorar-se em um conceito de positividade do direito que se verificou ultrapassado. Todo este processo implicou em verdadeira reformulação teórica e metodológica dentro do campo jurídico, e à formação de uma nova cultura, baseada no constitucionalismo, em um código aberto às influências do corpo social (plural e complexo), e na absorção de valores, metas, diretivas e princípios a serem aplicáveis na concretização do Direito.

4. A vinculação do jurista ao Direito Positivo: Uma Reconstrução a Partir da Constituição

A análise da vinculação do jurista com o direito positivo leva a questões já examinadas, tais como a definição de direito positivo e do processo de positivação do direito, que refletirão cada uma delas uma determinada espécie de vínculo para o jurista. Frente a toda esta revolução paradigmática, implicando na modificação do conceito de direito positivo, da hermenêutica jurídica, e da metodologia do Direito, abandonando sistematizações fechadas e abrindo-se à realidade social, como deve o jurista portar-se? Qual o papel do jurista, qual a natureza do seu vínculo ao direito positivo hoje?

Anteriormente, a resposta a esta questão seria fácil, pela pressuposição da adesão ao direito positivo como um vínculo estreito, adesão ao direito estatal posto, mais ainda quando sistematizado sob a forma de um código. Hoje, entretanto, a resposta não se apresenta tão pacífica ao jurista, visto que este se encontra em um espaço normativo que lhe permite maior liberdade na interpretação. Interpretando, recria e refunda a norma jurídica. Entretanto, como se pode fazei-lo sem restar traído o Direito, sem deformá-la sob o peso de uma interpretação arbitrária? Este é um dos problemas fundamentais na ciência do Direito, a questão da interpretação da norma. Como adaptá-la à novas situações, sem torná-la irreconhecível?

As ilusões de segurança jurídica e da possibilidade de sistematizações fechadas que tranqüilizassem o jurista na aplicação da norma já foram abandonadas. Resta a angústia de como realizar o direito, como "levar os direitos a sério", parafraseando Ronald Dworkin, entre o fim do legalismo e um relativismo total arbitrário.

Parece que se afigura aqui a importância do papel da Constituição hoje, e de uma interpretação baseada na concretização de seus princípios. Hoje, um dever de lealdade ao direito, operando como vínculo deontológico para o jurista, implica fundamentalmente na coerência axiológica necessária na interpretação da norma. Este dever de fidelidade à lei não se expressa mais como obediência a um comando normativo, mas como leal execução de um pacto, dever de encontrar as soluções jurídicas à luz de princípios e juízos de valor que pertencem ao momento fundativo de uma coletividade organizada, e aceitos por toda a comunidade (LIBERTINI, 1991, p.75). Este pacto social que fundamenta o texto normativo não pode ser outro senão a Constituição.

A compreensão atual do Direito deve partir de uma interpretação sistemático-transformadora, na concepção defendida por Juarez Freitas, reconhecendo-se na Constituição o eixo central, o nexo a partir do qual os princípios gerais e tópicos atingem todos os ramos do Direito, entendido o sistema jurídico como prioritariamente, sistema constitucional. Não se pode isolar totalmente o direito positivado na especificidade dos subsistemas temáticos e perder a sua totalidade, pois conforme ressalta Freitas: "interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro", ou, no mesmo sentido, "qualquer exegese comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípios gerais, de normas e de valores constituintes da totalidade do sistema" (1998, p. 47). Também Eros Roberto Grau afirma a necessidade de interpretar o Direito como um sistema:

"A interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum (2003, p. 40; id., ibid., p. 121-2)."

A interpretação visa a manter, assim, a unidade e a coerência do sistema jurídico, por intervenção criativa do operador do Direito, relacionada com a pré-compreensão do modelo de Estado racionalizado e justificado pelo ser (Sein) da pessoa humana, a propósito da lição de Hans-Georg Gadamer:

"O jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo tem que ser determinado com respeito ao caso ao qual se trata de aplicá-la. E para determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e só por isso o intérprete jurídico tem que vincular o valor posicional histórico que convém a uma lei, em virtude do ato legislador. Não obstante, não pode sujeitar-se a que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhe ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei (1997, p. 485)."

Nesse círculo (GADAMER, 2002, p. 72), a Constituição é concretizada pela hermenêutica do direito positivado de forma comprometida, tornando-se, assim, uma força ativa. A interpretação da norma constitucional dá-se comprometida e inserida numa determinada realidade concreta, fornecendo novos sentidos aos fatos jurídicos, que se transformam nesta relação entre direito positivo, realidade e Constituição. Corroborando essa idéia de interpretação da Constituição, ressalta HESSE (1991, p. 19):

"A força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes,

na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)"

Nesse patamar interpretativo, deve-se considerar a capacidade de intervenção da Constituição na realidade concreta, demonstrada através de sua "força normativa". A chamada força normativa é condicionada pela realidade histórica de inserção da Constituição, ao mesmo tempo que influi nessa realidade, no jogo entre essas determinações e a obrigatoriedade de aplicação das normas constitucionais, dependente também do que Hesse chama de "vontade de Constituição", isto é, a disposição para sua aplicação. Segundo o autor, "A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. (..) Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (Wille zur Verfassung). (HESSE,1991, p. 24)"

A concretização da Constituição é exigência de unidade do sistema, e realiza-se na relação da norma constitucional, do direito positivo e do caso concreto, influenciando tanto o campo do Direito Público como o Direito Privado. No mesmo sentido, Simone Goyard-Fabre afirma que

"A teoria constitucionalista, ao ordenar todas as regras de direito sob a Constituição do Estado num todo substancial, também ele articulado, como o Código Civil, segundo encadeamento das razões e que é precisamente chamado de ordem jurídica, caracteriza-se necessariamente por sua homogeneidade e sua unidade lógica (2002, p. 115-6)."

A inspiração da Constituição, através de sua modelagem aberta, espalha-se para outros campos do próprio Direito, atingindo os Códigos, que passam a configurar-se de outra forma. A técnica legislativa perde a sua preocupação somente com a abstração e generalidade, passando a preocupá-la a resposta a problemas determinados e concretos. A abertura do sistema deu-se por utilização de diversas figuras normativas, tais como os princípios, presentes na própria Constituição, permite uma nova hermenêutica e a flexibilização do Direito, a fim de se adaptar a diversas e novas situações:

Conforme GROSSI (2001, p. 80), uma velha idéia de legalidade formal vai sendo cada vez mais substituída por uma legalidade diversa que leva em conta plenamente os dois planos de legalidade nos quais se articulam os modernos ordenamentos jurídicos: o plano codificatório e o plano constitucional. Neste segundo plano, exprimem-se a sociedade e os valores que esta comporta e não somente aqueles advindos da cristalização muito mais pobre do aparato do Estado.

Ressalta-se também a necessidade do respeito às soluções normativas encontradas ao longo do tempo, não implicando em uma aceitação acrítica, mas em reconhecer também a sua mutabilidade, como uma relação que se desenvolve através do tempo, mas que reconhece-se em uma lógica fundadora. E uma interpretação principiológica é o mecanismo efetivo que se encontra neste trabalho de contínua adaptação, buscando sempre confrontar as diversas soluções encontradas à luz do conjunto dos princípios do ordenamento. Estes princípios não são concebidos aqui como apriorísticos e absolutos, mas como espécie de norma que deve procurar ser realizada na

maior medida do possível, não implicando com isso seu esvaziamento, mas concretização caso a caso. Não se perde a visão da especificidade, mas se respeita essencialmente o caráter sistemático do Direito, e nesse mister, não há liberdade absoluta na interpretação. Segundo Juarez Freitas (1998, p. 120):

"Se é certo que a interpretação sistemática tem por objeto o Direito como um todo, elegendo critérios hermenêuticos e, sobretudo, hierarquizando sentidos teleológicos dos princípios, das normas e dos valores, então é igualmente certo que tal interpretação não é – nem deve ser – livre inteiramente, tampouco presa às deliberações ou vontades prévias. É o resultado do exercício de um pensamento sistemático e tópico, ao mesmo tempo. Sistemático, porque sempre atuante o metacritério racionalizador da hierarquização, que assegura a garantia de racionalidade do processo. Tópico, porque a hermenêutica se mostra como o processo empírico e aporético de sistematização discursiva, sendo que o sistema somente ganha contornos definitivos justamente por força da intervenção do intérprete na sua atuação eletiva entre sentidos necessariamente múltiplos".

Esta concretização da Constituição e de seus princípios, realizada através da argumentação jurídica vinculada a certos parâmetros, tem a vantagem de fazer com que a interpretação não seja arbitrária, mas que tenha que justificar-se racionalmente. Neste sentido, importa destacar as contribuições de autores no campo da teoria dos direitos fundamentais, como Ronald Dworkin e Robert Alexy, assim como de constitucionalistas que trataram da questão interpretativa de forma magistral, como Hesse, Zagrebelsky e Canotilho, para citar somente alguns dos grandes teóricos.

Nesta concepção, ganha importância central o papel do juiz como interpretador e construtor da norma, e mais ainda, o papel do Poder Judiciário na concretização da Constituição. Esta relevância aumenta com a utilização cada vez maior dos controles de constitucionalidade, seja pelo controle difuso, seja pelo controle concentrado pelas Cortes Constitucionais. Uma vinculação efetiva do jurista teria que ser aderência às garantias e direitos presentes na Constituição, aplicadas ao sistema do direito positivo.

Desta forma, a relação do jurista com o Direito Positivo seria de um vínculo orgânico, vivo em relação às fontes normativas e sua aplicação, em um compromisso ideológico com o ordenamento, e, mais ainda um vínculo vivo com a Constituição e a corporificação de seus valores e princípios fundamentais. O complexo das relações jurídicas assim entendidas abre-se às relações sociais, sem perder sua identidade fundamental, mantendo o Direito na Constituição um compromisso com esta mesma sociedade, expresso no texto e através do texto da norma constitucional.

A positivação do Direito afigura-se hoje inevitavelmente como processo complexo, no qual os vários atores sociais tem seus papéis diversos como interpretadores e recriadores da norma. O direito não se limita a seu texto escrito, posto, mas antes vive, em uma dialética complexa: criação e aplicação da norma como pólos em uma mesma relação. Desta forma, o direito positivo não se apresenta em crise, mas antes em revolta recriação de seu conceito, da qual certamente sairá renovado, permanecendo ainda como uma categoria válida e útil na teoria do direito.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Direito. In: *Dicionário de política.* BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco Trad. Carmen C. Varriale..[et al.]; coordenação da

tradução João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 5ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993 P. 349-353.

_____. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito.* Compilado por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da Constituição e de interpretação constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica e Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2002.

CORSO, Guido. In che senso il diritto positivo constituisce un vincolo. In**:** ZACCARIA, Giuseppe (Org.).*Diritto Positivo e Positività del Diritto.* Torino: Giappichelli, 1991.

COUTO e SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

FINGER, Júlio Cesar. Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FROSINI, Vittorio. Verbete: Diritto positivo In *Enciclopedia del Diritto*. Vol XII P. 653- 659. Milano: Giuffrè Editore, 1963.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* 2. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

_____. *Verdade e método II: complementos e índice*. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

GIANFORMAGGIO, Letizia Il filosofo del diritto e il diritto positivo In**:** ZACCARIA, Giuseppe (Org.).*Diritto Positivo e Positività del Diritto.* Torino: Giappichelli, 1991.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. Traduzido por Claudia Berliner. Revisão da tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GROSSI, Paolo. *Mitologie Giuridiche della Modernità***.** Milano: Giuffrè Editore, 2001.

_____. *Mitología Jurídica de la Modernidad.* Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Ed. Trotta, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LIBERTINI, Mario. Il vincolo del diritto positivo per il giurista. In**:** ZACCARIA, Giuseppe (Org.).*Diritto Positivo e Positività del Diritto.* Torino: Giappichelli, 1991.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad. Historia del constitucionalismo moderno.* Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Ed. Trotta, 1998.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo: a divisão dos poderes.* 2. ed. Traduzido por Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1992.

ZACCARIA, Giuseppe. Presentazione In**:** ZACCARIA, Giuseppe (Org.).*Diritto Positivo e Positività del Diritto.* Torino: Giappichelli, 1991.

_____.Sul Concetto di Positività del Diritto. In**:** ZACCARIA, Giuseppe (Org.).*Diritto Positivo e Positività del Diritto.* Torino: Giappichelli, 1991.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de Direito Civil – Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.