

Uma leitura pós-positivista do princípio da segurança jurídica

Autore: Eduardo Rodrigues dos Santos

In: Diritto civile e commerciale

RESUMO: Trata-se de uma investigação crítica da relação entre Segurança Jurídica e Justiça à luz do pós-positivismo jurídico. Inicialmente, apresenta-se esses dois institutos na visão clássica do positivismo jurídico, onde os dois se encontram separados e onde a Justiça é vista como o mero preenchimento do dever-ser jurídico. Posteriormente, demonstra-se a superação desta visão formalista por um novo modelo paradigmático - o Pós-positivismo Jurídico - que vê a Justiça como escopo do Direito. Em sequência, demonstra-se a relação entre Segurança Jurídica e Justiça na visão deste novo modelo, onde esses dois institutos possuem uma relação direta e harmônica de dependência, pois, na visão pós-positivista, não há Justiça sem Segurança Jurídica e nem Segurança Jurídica sem Justiça. Como se vê, um instituto é complementar ao outro, não podendo o Direito desprezar um em detrimento do outro, sob pena de criar aberrações jurídicas e, até mesmo, sociais. Ao longo do trabalho responder-se-á a perguntas como: Como o Direito deve proceder nas hipóteses em que a aplicação estrita e direta da lei criar situações de evidente injustiça? Será que em nome da estrita Segurança Jurídica (previsibilidade) podemos abdicar da Justiça? Será que Justiça e Segurança Jurídica podem ocupar um mesmo espaço dentro do ordenamento jurídico? Por fim, demonstrar-se-á que o Pós-positivismo propõe um equilíbrio entre estes dois institutos que permite ao Ordenamento Jurídico ser Justo sem abdicar à Segurança Jurídica.

INTRODUÇÃO

Este trabalho foca-se em dois conceitos fundamentais do Direito: a Segurança Jurídica e a Justiça. Ao

longo do trabalho demonstrar-se-á não só a sua importância, mas também sua evolução paradigmática, saindo de uma concepção positivista onde esses dois conceitos não se misturam e onde a Justiça é vista como o mero preenchimento do dever-se legal, para uma visão pós-positivista, pautada nos princípios fundamentais constitucionais, dentre os quais se destacam a dignidade da pessoa humana e a Ética jurídica.

Como o Direito deve proceder nas hipóteses em que a aplicação da lei criar situações de evidente injustiça? Será que em nome da estrita Segurança Jurídica (previsibilidade) podemos abdicar da Justiça? Será que Justiça e Segurança Jurídica podem ocupar um mesmo espaço dentro do ordenamento jurídico? Estas perguntas serão respondidas no decorrer deste trabalho tendo como base o modelo pós-positivista do direito, que tem como escopo a Justiça do caso concreto.

OBJETIVOS E METODOLOGIA

Este trabalho tem por objetivos, de forma geral, investigar e analisar a correlação de distancia e proximidade entre a Segurança Jurídica e a Justiça à luz do paradigma pós-positivista do Direito tomando como base a teoria positivista de Hans Kelsen e as teorias pós-positivistas de Luiz Roberto Barroso, Karl Larenz, Karl Engisch, Ronald Dworkin e Robert Alexy. De modo específico, pretende-se demonstrar que o positivismo jurídico separa Segurança Jurídica de Justiça, enquanto o modelo pós-positivista as torna interdependentes.

A metodologia proposta neste trabalho atenta-se fundamentalmente à pesquisa bibliográfica e descritiva. A pesquisa bibliográfica concentra-se em obras de Direito Constitucional, Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito, dentre outras, enquanto a pesquisa descritiva concentra-se em retratar a relação entre Justiça e Segurança jurídica à luz do paradigma pós-positivista do Direito.

SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA À LUZ DO POSITIVISMO JURÍDICO

Em uma visão clássica positivista, segurança jurídica está ligada a ideia de previsibilidade dos efeitos jurídicos pautando-se em um formalismo estritamente legal. Assim, segundo o positivismo jurídico, as decisões jurídicas devem pautar-se naquilo que diz a lei a fim de se evitar uma sentença que contrarie as expectativas legais, desprezando-se para isso a ideia de Justiça, pois para o positivismo a Justiça do caso concreto não deve ser observada, mas apenas a Justiça da lei. Assim, se o magistrado se encontra frente a um caso onde a aplicação formal e estrita da lei cria uma situação esdrúxula e injusta, deve ele aplicar a lei independentemente da injustiça que se criará, pois para os positivistas, justo é aquilo que está de acordo com o que prescreve a lei, com o dever-ser jurídico desprezando-se as especificidades do caso concreto (LOPES, DOS SANTOS, 2010).

Nesse sentido Hans Kelsen - em sua obra: Teoria Pura do Direito - afirma que

...o juízo segundo o qual uma determinada conduta humana é boa traduz que ela corresponde a uma norma objetivamente válida, e o juízo segundo o qual uma determinada conduta humana é má traduz que tal conduta contraria uma norma objetivamente válida, o valor “bom” e o desvalor “mal” valem em relação às pessoas cuja conduta assim é apreciada ou julgada, e até em relação a todas as pessoas cuja conduta é determinada como devida (devendo ser) pela norma objetivamente válida, independente do fato de elas desejarem ou quererem essa conduta ou a conduta oposta (KELSEN, 2003, pág. 22).

Assim, toda vez que a conduta humana (Ser) está de acordo com a prescrição legal (Dever Ser), esta conduta é boa e é justa, já quando esta conduta está em desacordo com a prescrição legal, ou seja, quando ela contraria a lei, ela é uma conduta má e injusta. Norberto Bobbio, em Teoria Geral do Direito, conceitua o Direito Positivo como “a doutrina que reduz a Justiça a validade” afirmando que para esta

corrente do Direito “só é justo o que é comandado, e pelo fato de ser comandado” (BOBBIO, 2007, pág. 38 - 39).

A primeira vista, parece-nos uma corrente, que apesar do formalismo excessivo, traz ordem e previsibilidade, ou seja, segurança jurídica. Entretanto, há casos em que a lei cria situações extremamente injustas e que atentam contra a dignidade da pessoa humana e contra princípios basilares do próprio Direito.

Situações esdrúxulas, injustas e desumanas são sustentadas em nome da Segurança Jurídica proposta pelo modelo Positivista. Em oposição a tal modelo, Luiz Roberto Barroso lembra que foi justamente o Positivismo jurídico que legitimou os regimes ditatoriais mais cruéis do último século, dentre eles a ditadura fascista italiana e a nazista alemã. Segundo o renomado Constitucionalista, esses regimes promoveram e propagaram a barbárie e a crueldade em nome da lei. Afirma ainda que, “até mesmo a segregação da comunidade judaica, na Alemanha, teve início com as chamadas leis raciais, regularmente editadas e publicadas”, sustentadas pelo formalismo excessivo em nome de uma Segurança Jurídica completamente equivocada e desconforme ao princípio da Justiça (BARROSO, 2009, pág. 241).

Como se pode falar em Segurança Jurídica quando o Direito tutela e sustenta uma situação evidentemente injusta? Não seria o conceito de Segurança jurídica muito mais amplo do que a simples previsibilidade? O que os cidadãos de um Estado Democrático de Direito esperam, previsibilidade legal ou previsibilidade de Justiça?

O PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA E A JUSTIÇA

A partir da segunda metade do século passado, inicia-se um movimento de “superação” do Positivismo

Jurídico, movimento este que busca incorporar ao ordenamento jurídico, valores morais, princípios políticos, fundamentos sociológicos, filosóficos, psicológicos, em suma, que visa incorporar ao Direito tudo aquilo que se entende como importante para se avaliar as relações sociais e principalmente as relações jurídicas, de modo que se possa garantir “Justiça” ao caso concreto. Este movimento recebe o nome de Pós-positivismo Jurídico (LOPES, DOS SANTOS, 2010).

Nas palavras de Barroso, o pós-positivismo “inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de Justiça e legitimidade” (BARROSO, 2001, pág.19), ou seja, uma reaproximação do Direito com os valores, com a Ética, buscando atingir a Justiça, que é o verdadeiro e fundamental escopo do Direito.

Existem diversas nomenclaturas e até mesmo “correntes interpretativas” deste novo sistema, dentre elas destacando-se: Direito pautado em princípios fundamentais e Constitucionais; Direito Superador da Lei; Direito extra legem, Direito contra legem, Direito conforme a natureza das coisas; Direito Supra legal etc. Contudo, insta destacar que todas elas possuem um ponto em comum, que é a busca da valoração do Direito, busca da Justiça, pois para o pós-positivismo, o ordenamento legal possui lacunas, possui falhas e pode conter disposições que criem situações fáticas injustas e é justamente quando isso acontece que o intérprete deve utilizar-se desses métodos para conseguir atingir a Justiça (LOPES, DOS SANTOS, 2010).

Barroso, adepto da corrente principiológica do pós-positivismo, acredita que os princípios possuem um status muito maior do que meras disposições axiológicas, éticas, sem aplicabilidade jurisdicional, como pensam os positivistas. Para ele os princípios possuem status de norma jurídica, e entre os princípios e as regras jurídicas não há hierarquia (BARROSO, 2001).

Segundo Barroso, os valores sociais mais relevantes “materializam-se em princípios, que passam a ser abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente”. Em sua evolução histórica, alguns já constavam na Carta Maior, porém, também, evoluíram e em alguns casos “sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito”. Há também, os novos princípios, que foram incorporados recentemente, ou pelo menos, “passaram a ter uma nova dimensão,

como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de Justiça” (BARROSO, 2001, pág. 20).

Karl Larenz, em sentido semelhante, defende um Direito Superador da lei, que possa se desenvolver em consonância com os princípios gerais de direito e com a “ordem de valores” constitucionais, buscando o desenvolvimento de um Direito “extra legem, à margem da regulação, mas intra jus, dentro do quadro da ordem jurídica global e dos princípios jurídicos que lhe servem de base” (LARENZ, 1997, pág. 588 - 590). Larenz, guardando deferência a Jean-Jacques Rousseau, que em *Do Contrato Social*, afirma que “o que é bem, e conforme à ordem, é tal pela natureza da coisas, sem dependência das convenções humanas” (ROUSSEAU, 2009, pág.44), diz que onde a regulação legal falseie a natureza das coisas, mormente de forma grosseira, devem os tribunais, corrigir tais regulamentações, evitando-se assim que o Direito crie ou permita que se crie situações esdrúxulas e injustas (LARENZ, 1997).

Evidentemente que não se defende aqui que sejam desprezados os textos legais, mas que em situações em que a aplicação do texto legal venha a criar situações notoriamente injustas e esdrúxulas, o Direito possa propor uma solução justa, mesmo que contrária àquilo que prevê a lei. Neste sentido, Larenz afirma que o Direito Superador da lei possui condições limítrofes para que possa ser usado, uma espécie de pré-requisitos para que seja posto em prática. Em primeiro lugar deve-se estar frente a um caso jurídico e em segundo lugar, deve-se tratar de um caso que não se possa resolver através de uma simples interpretação da lei, nem através de um desenvolvimento do direito, imanente à lei, sem que se crie uma situação esdrúxula ou injusta. Assim, sempre que se estiver frente a um caso que preencha estes requisitos, o que ele chama de “autentico estado de necessidade jurídico”, deve o interprete utilizar das ferramentas do Direito Superador da lei, inclusive julgar contra a lei, se necessário for (LARENZ, 1997).

No mesmo sentido, Karl Engisch põe em cheque o princípio positivista “fiat iustitia pereat mundus”, pois segundo ele, sempre que uma lei criar situações relevantemente indesejáveis e inconvenientes, sempre que uma lei contrariar os princípios supremos da Justiça, ou ofender o Direito Natural, ou a lei moral, devem os operadores do direito fazerem uso das teorias da interpretação e do preenchimento de lacunas a fim de promover as “correções”. Teorias, tais como: Direito Supra legal, Interpretação restritiva, ou extensiva, etc. (ENGISCH, 2001).

De modo geral, pode-se dizer que o pós-positivismo é a superação do positivismo legalista, pois não busca a Justiça da lei, mas a Justiça do direito, que é muito maior do que uma prescrição legal, justamente porque não se pode separar o Direito da Justiça, não se pode reduzir a Justiça ao simples preenchimento de um dever ser, nem reduzir o Direito a uma simples norma jurídica (LOPES, DOS SANTOS, 2010).

SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA À LUZ DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

Ao final do tópico SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA À LUZ DO POSITIVISMO JURÍDICO deixamos propositalmente três perguntas que serão respondidas agora: Como se pode falar em Segurança Jurídica quando o Direito tutela e sustenta uma situação evidentemente injusta? Não seria o conceito de Segurança jurídica muito mais amplo do que a simples previsibilidade? O que os cidadãos de um Estado Democrático de Direito esperam, previsibilidade legal ou previsibilidade de Justiça?

O positivismo jurídico acredita que Justiça para o direito consiste naquilo que é legal pouco importando as injustiças reais que se crie em detrimento da Segurança jurídica, que na visão positivista é escopo do Direito. Já para o pós-positivismo, a Justiça do caso concreto é que é escopo do Direito, pois, como explica Gustav Radbruch, o Direito é uma ciência valorativa, não podendo a ideia de direito ser diferente da ideia de Justiça (RADBRUCH, 1997).

É justamente a relação valorativa que não permite que Direito e Justiça se separem, e é pelo mesmo motivo que Segurança jurídica e Justiça estão intimamente ligadas e são interdependentes. Pois, não há como se falar em Segurança Jurídica que não garanta Justiça ao caso concreto, ou seja, não há segurança na injustiça, assim como não é possível haver Justiça na incerteza, na imprevisibilidade completa. O cidadão de um Estado (Social) Democrático de Direito espera que o Direito possa lhe garantir uma previsibilidade justa, que é o que propõe o modelo pós-positivista. Pois apesar de não se seguir o texto legal em certos casos, seguem-se fundamentos que estão inseridos no ordenamento jurídico, tácita ou

explicitamente, através principalmente dos princípios gerais de direito e dos princípios e garantias fundamentais constitucionais, que visam garantir a dignidade da pessoa humana e a Justiça do caso concreto.

Enquanto para o positivismo jurídico, os princípios são meras disposições axiológicas, éticas e políticas sem aplicabilidade jurisdicional, para o pós-positivismo, trata-se uma norma jurídica tal qual a regra jurídica. Nesse sentido, Ronald Dworkin afirma que os princípios possuem imperatividade normativa, entretanto, diferentemente das regras que se pautam em um critério de tudo-ou-nada, os princípios possuem uma dimensão valorativa amplificada que avalia o peso, a importância e a relevância de cada princípio frente ao caso concreto, o que permite sopesá-los quando se opõem, conduzindo-nos assim, a um resultado mais justo e equilibrado, o que por sua vez, garante-nos a tão desejada Segurança Jurídica da forma mais ampla possível (DWORKIN, 2002).

Nesse sentido, Robert Alexy afirma que os princípios são mandamentos de otimização, pois são normas “que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” a fim de que se possa chegar a melhor solução de cada caso, garantindo-se assim, certa previsibilidade, porém limitada a Justiça do caso concreto, que atem-se, além dos argumentos jurídicos, a situação fática (ALEXY, 2008).

Após este esclarecimento acerca da relação entre a Justiça e a Segurança Jurídica à luz do modelo pós-positivista do Direito, podemos verificar que tanto uma quanto a outra são necessárias ao bom Direito e, mais do que isso, são complementares, pois não há Segurança Jurídica sem Justiça, e nem Justiça sem a um mínimo de previsibilidade jurídica, “Segurança Jurídica”.

CONCLUSÃO

Larenz, Engisch, Barroso, Dworkin e Alexy defendem uma teoria do direito que busca a Justiça do caso concreto, entretanto que não despreza a previsibilidade necessária da Segurança Jurídica. Estes autores trabalham com a harmonização destes dois conceitos, que se dá fundamentalmente através dos Princípios fundamentais constitucionais, tácitos ou explícitos, bem como os princípios gerais do Direito e da Ética Jurídica, pois ambos são necessários ao bom Direito.

John Rawls, em consonância com o princípio jusnaturalista “lex iniusta non est lex” – em sua célebre obra: Uma Teoria da Justiça – afirma que

A Justiça é a primeira virtude das instituições sociais, assim como a verdade é a primeira virtude dos sistemas de pensamento. Uma teoria, ainda que simples e elegante, deve ser abandonada ou modificada se não for verdadeira. Do mesmo modo, leis e instituições, não importa quão eficientes e bem elaboradas sejam, devem ser reformadas ou abolidas se forem injustas (RAWLS, 2005).

Nesse sentido, pode-se concluir que, quando da percepção dos fatos no mundo social, em detrimento da segurança jurídica, aquele que decide deverá encontrar uma norma que se adéque diretamente ao caso concreto. Entretanto, se desse trabalho meramente técnico do interprete restar evidente injustiça, deverá ele abrir mão daquela norma, deixando de aplicá-la ao caso in concreto. Sempre motivando suas decisões, deve ele, encontrar dentro do ordenamento jurídico (Princípios gerais de Direito, Princípios Fundamentais, Regras de Direitos Humanos etc.) uma solução ao caso fático que satisfaça à Justiça, que como demonstramos, também engloba o conceito de Segurança Jurídica. Assim como, quando uma norma evidentemente injusta for posta, deve ela ser excluída, a fim de se evitar situações, como as leis racistas da Alemanha Nazista e a instituição do Apartheid na África do Sul.

O injusto não deve prevalecer, pois a injustiça não pode trazer segurança jurídica, assim como a total ou demasiada falta de previsibilidade, “Segurança Jurídica”, não pode trazer a Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Saraiva, 2009.

Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v.I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 18 de abril de 2010.

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES, W. F.; DOS SANTOS, Eduardo R. Métodos Paradigmáticos de Interpretação do Direito: Uma investigação Histórica. In: I Congresso da Associação Mineira de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, AMPD, 2010.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. In: A idéia de Justiça de Platão a Rawls/ Sebastiano Maffettone e Salvatore Veca. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. São Paulo: Martin Claret, 2009.

<https://www.diritto.it/uma-leitura-pos-positivista-do-principio-da-seguranca-juridica/>