

# A CONSTRUÇÃO DA EFETIVIDADE DA NORMA JURÍDICA PELO ENFOQUE POSITIVISTA E A SUPERAÇÃO PELO PÓS-POSITIVISMO

Bianca Alô Crispim<sup>\*</sup>  
Gabriela Garcia Batista Lima<sup>\*\*</sup>

## Resumo

O artigo em questão visa estabelecer um estudo de como se verifica a efetividade da norma jurídica pelo enfoque positivista e pós-positivista. Nesse sentido, busca estabelecer como se dá a efetividade do Direito no positivismo e como o pós-positivismo superou tais ditames, implementando outras características que se tornaram indispensáveis para o estudo da efetividade das normas jurídicas.

**Palavras-chave:** Efetividade. Norma Jurídica. Positivismo. Pós-positivismo.

## 1 Introdução

A construção da efetividade no campo do Direito emerge para o estudo da efetividade da norma jurídica propriamente dita, por ser o instrumento para coordenar a vida em sociedade. Em termos gerais, significa se a norma está de fato sendo realizada, ou seja, se está ou não executando os objetivos para os quais foi criada. Mas, a questão não é tão simples, tendo em vista que a abordagem técnica de efetividade encontra uma construção

---

<sup>\*</sup> Bianca Alo Crispim Pesquisadora do UniCEUB; membro do grupo de pesquisa *Direitos Humanos e Desenvolvimento*. Telefone: 84006096. *E-mail* para contato: b.a.crispim@gmail.com.

<sup>\*\*</sup> Gabriela Garcia Batista Pesquisadora do UniCEUB; membro do grupo de pesquisa *A internacionalização dos Direitos*. Telefone: 81565190. *E-mail* para contato: gblima@gmail.com

filosófica abrangente, e que pode mudar na medida em que se altera o foco pelo qual se estuda tal conceituação.

Nessa perspectiva, para a presente análise, busca-se averiguar o que é a efetividade do Direito sob o estudo positivista jurídico e pós-positivista, comparando ambas as correntes, em abordagem que focaliza a influência destas correntes e a superação de uma sobre a outra, para a efetividade em si. Assim, esclarecendo-se no que concerne o positivismo jurídico, indaga-se como é possível avaliar se o Direito funciona ou não funciona para esta corrente, porque, sob os ditames positivistas, não há como falar em efetividade propriamente dita, no sentido de verificar se a norma é realmente seguida, o que se constrói com a influência pós-positivista.

Desta forma, uma vez demonstrada a validade formal e a eficácia da norma, à luz do positivismo jurídico, como âmbitos de avaliação da realização do Direito, estudado principalmente nas obras de Ferraz Junior, Norberto Bobbio, Pontes de Miranda, entre outros, a análise volta-se para os estudos pós-positivistas, com base nas construções filosóficas de Viehweg, Perelman, e nos estudos de Margarida Camargo, questionando-se, posteriormente, o que seria a efetividade da norma jurídica para o contexto atual, o que permite identificar elementos tanto do positivismo, quanto do pós-positivismo para a sua construção. Por conseguinte, faz-se pertinente tal fundamentação, tendo em vista a relevância da efetividade propriamente dita para a abordagem de todos os assuntos que, por fim, são objeto das normas jurídicas, a fim de definir se a norma, realmente, realiza aquilo para o que foi criada.

## **2 A norma jurídica e o positivismo jurídico**

Para a compreensão inicial do modo de avaliação da norma jurídica, contextualiza-se sua realidade: a norma, compondo o ordenamento

jurídico que constrói o Direito, existe diante da demanda por exigência essencial de convivência ordenada. Nenhuma sociedade, entendida como um sistema de relações em que o comportamento é uma forma de comunicação<sup>1</sup>, poderia subsistir sem o mínimo de ordem, e o direito é uma resposta ao anseio de organização.

Para a avaliação da concretização da norma jurídica sob os ditames positivistas, são analisados os âmbitos da validade formal e da eficácia, diante do extremo apego do aplicador ou intérprete à lei. Sua forma, portanto, demonstra-se importante, pois é o que irá garantir o cumprimento da norma.

À luz do positivismo, os juristas têm como única preocupação a legalidade, definir o que é ou não é conforme o direito, colocando a justiça na esfera da moral e da religião, de modo que, consoante o direito, é a justiça tal como foi precisada pelo legislador.<sup>2</sup>

De maneira ilustrativa, Miguel Reale explica que a ênfase dada à importância do aspecto formal da norma se fez diante dos anseios sociais vigentes à época, em conformidade com as estruturas jurídicas do Estado de Direito daquele momento, em que a sociedade era modelada pelo individualismo liberal dominante da cultura burguesa, no século IX. Os estatutos constitucionais eram fundados nos princípios da liberdade política e da autonomia da vontade, e, como meio de garantia e segurança jurídica para proteger tais princípios, a imagem do direito era baseada na certeza objetiva

---

<sup>1</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988. p. 101.

<sup>2</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução Maria Emantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 389

da lei, era a objetividade e a segurança jurídica provinda da letra da lei que valorava o padrão do direito.<sup>3</sup>

A segurança e a certeza estão nas leis, legitimamente criadas pelos representantes do povo e garantidas pelo Estado mediante a ação do poder judiciário. Nesse raciocínio, a teoria da separação dos poderes e a igualdade garantida pela aplicação regular da lei estabelecem a estrutura formal e os ideais do Estado do Direito.<sup>4</sup>

O positivismo jurídico tem como base as idéias democráticas refletidas na teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu. Nesse modelo, é função do poder legislativo, expressando a vontade do povo, criar normas. A função dos juizes é aplicá-las, ensejando, então, a segurança necessária à manutenção da ordem na sociedade.<sup>5</sup>

No entendimento de Bergel, identificam-se características nitidamente positivistas quando os estudos e as teorias rejeitam qualquer metafísica jurídica, justiça transcendente ou idéia de direito natural, voltando-se apenas para o conhecimento da realidade positivista, jurídica ou científica.<sup>6</sup> Define a atuação restrita do poder judiciário, que devia, somente, aplicar a lei, levando-se em conta, pelo auxílio da gramática e da harmonia sistemática entre as normas da lei, a vontade do legislador como a máxima expressão do poder.<sup>7</sup> Nesse sentido, percebe-se a ênfase para os métodos de interpretação gramatical e sistemático, como instrumentos preponderantes na aplicação da norma.

---

<sup>3</sup> REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 16

<sup>4</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 59-60.

<sup>5</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução ao direito**: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001. p.271.

<sup>6</sup> BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Tradução de Maria Emantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 15.

<sup>7</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 62-63.

Assim, somente se dirá que a norma é válida se estiver regular no seu aspecto formal. O que revela o caráter jurídico da norma é a sua institucionalização, de modo que passa a ter um aspecto de autoridade e obrigatoriedade. É a sua inserção no sistema disciplinar legitimado pela sociedade. Nesse caso, a institucionalização de um comportamento é reflexo do que a sociedade espera e impõe aos cidadãos, como atitude aceita nas relações integrativas sociais.<sup>8</sup>

Os aspectos de existência e validade da norma estão intimamente relacionados, pois, ao verificar sua validade, analisa-se a regularidade da sua existência enquanto norma jurídica, se a regra preenche os requisitos para ser válida juridicamente ou se, sequer, existe para o mundo jurídico, sendo incapaz de produzir efeitos normativos.<sup>9</sup> Para os doutrinadores positivistas, o fato constando como existente no mundo jurídico, investiga-se a validade formal de uma norma. Tem-se que, para que uma norma seja válida, é preciso que seja cumprido, integralmente, o processo de produção normativa nos moldes reconhecidos pela sociedade, para, então, estar inserida no ordenamento jurídico.

Explica Norberto Bobbio que, para a averiguação da validade formal da norma, como regra pertencente a determinado sistema, é necessário verificar a regulamentação de todos os aspectos do processo normativo: se a autoridade de quem ela emanou tinha o poder legítimo para emanar normas jurídicas, se a norma e a competência para institucionalizá-la são congruentes com a norma fundamental do seu ordenamento jurídico, se a norma ainda é válida em seu aspecto temporal, ou seja, se seu prazo estabelecido exauriu, ou

---

<sup>8</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988. p. 106.

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffê. São Paulo: EDIPRO, 2001. p. 46.

se foi revogada por outra, ou se passou a ser incompatível com outras normas do sistema.<sup>10</sup>

Tecnicamente, estando integrada no ordenamento jurídico, a norma é válida desde a sua publicação até a sua revogação ou até o prazo que se estabeleceu para sua validade; diz-se, então, que a norma é vigente. Vigência é o termo com o qual se demarca o tempo, a validade e a obrigatoriedade de uma norma.<sup>11</sup>

Tem-se até então que, por um ato legítimo do legislador, a norma passa a existir no mundo jurídico. Sua validade formal verifica se foi constituída conforme os moldes adequados, que, no nosso ordenamento jurídico, por exemplo, está corroborado na Constituição Federal. Uma vez corretamente constituída, o tempo delineado para a sua incidência é a discriminação de sua vigência e a aptidão para produzir seus efeitos, que é quando a norma vigora. Para que a norma seja obrigatória e compulsória, diferenciando-a, de maneira geral, das normas não-jurídicas, é indispensável que seja válida formalmente. Nos ditames positivistas, é preciso auferir sua real capacidade de produzir efeitos no mundo dos fatos, isto é, é necessário averiguar se a norma é adequada à realidade.<sup>12</sup>

Pontes de Miranda associa o conceito de validade da norma jurídica ao instituto da eficácia. Sua análise estabelece que o ordenamento jurídico só atribui validade ao ato jurídico que corresponde a um suporte fático suficiente e possível.<sup>13</sup> Nessa perspectiva, para que a norma seja válida, é preciso que se possam identificar, na realidade para a qual se volta,

---

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé. São Paulo: EDIPRO, 2001. p. 47.

<sup>11</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988. p. 180.

<sup>12</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988. p. 181.

<sup>13</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. v. 4. p. 35.

as condições para que possa incidir, ou seja, remonta saber se a norma tem as possibilidades fáticas e técnicas de atuar.

Explica Norberto Bobbio que é a eficácia valorativa da norma um aspecto do contraste entre o mundo ideal e o mundo real, entre o dever ser e o que é: norma justa é aquela que deve ser. Assim, para verificar a eficácia de uma norma, deve ser estudado o comportamento dos membros de determinado grupo social em âmbito histórico e sociológico, pois a eficácia da norma reflete na sua aceitação pela sociedade.<sup>14</sup>

O fundamento da norma representa os anseios socioculturais e econômicos da sociedade em que se insere; a norma é válida e eficaz quando é congruente com valores legitimados na Constituição aderida em cada país. A norma que corresponde aos valores institucionalizados e dominantes da sociedade terá maior probabilidade de aceitação social e, por conseguinte, de produção dos seus efeitos, o que reflete na sua real efetividade, isto é, na real produção dos efeitos para os quais foi criada.

Desta forma, sob a ênfase positivista, os aspectos a ser analisados como requisitos para tornar a norma válida correspondem a sua concordância com a lei. Estando a norma apta para a produção de seus efeitos, sendo essa aptidão caracterizada na sua congruência técnica e formal e na sua congruência valorativa e de adequação, todavia, não significa que realmente ocorrerão. Eis a questão do estudo da efetividade da norma, pois remonta para além de sua formação jurídica e implica verificar se é ou não seguida por seus destinatários. A problemática que gerou a insatisfação com o positivismo, conforme se verá, verifica-se no sentido de que a lei não mais refletia todos os anseios sociais, e sua aplicação, nos termos positivistas, não parecia mais corresponder com a condução da ordem na sociedade, de forma

---

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti, apresentação Alaôr Caffê. São Paulo: EDIPRO, 2001. p. 47-48.

que não eram suficientes para solucionar todos os problemas que se manifestavam na sociedade.

### **3 A construção e a interpretação da norma jurídica pelo pós-positivismo**

Pelos ditames pós-positivistas, entra em questão a noção de efetividade da norma jurídica, que, então, comportará tanto a regulamentação formal da norma quanto a sua correspondência com a realidade em todos os seus aspectos, inclusive, com a aproximação do problema que requer uma resposta justa e satisfatória. É dizer que, apegar-se à letra da lei, verificada a eficácia e a validade formal, sem analisar a realidade, não se mostrou suficiente como um método de solução de conflitos.

A leitura estritamente gramatical e sistêmica que compunha a escola da exegese e sua ênfase ao aspecto racional do direito, tal como se encontra expresso na lei, mostram-se falhas quando se verifica um fato não-previsto legalmente, cuja repercussão não poderia ser ignorada na condução da ordem na sociedade. Nessa perspectiva, o pós-positivismo apresenta-se, sobretudo, como crítica ao formalismo jurídico positivista, buscando considerar os aspectos da realidade na interpretação e na construção do direito, a ser refletido na sua função na sociedade, de princípios e regras que trouxessem as discussões sobre valores suprapositivos enquanto base da unidade do sistema jurídico.

A tendência escoa para os anseios de garantir a justiça na sociedade, observando-se assim, um compromisso das decisões jurídicas com o justo, ganhando força, de forma que valores e princípios não-normatizados passam a ser utilizados como instrumentos de interpretação e construção normativa. O pós-positivismo encerra o predomínio da dogmática jurídica tradicional, vista como a concepção formalista do direito, comportando o primado da lei, enquanto regra geral, abstrata e obrigatória, que faz que o

direito e a atividade do juiz se mantenham em um campo virtual, de mera aplicação da lei, sem interligar a interpretação ao problema.<sup>15</sup>

É de acordo com a adequação e a razoabilidade, ao invés de inserir-se na esfera do puramente lógico, que se examina o estudo do direito no pós-positivismo. Explica Margarida Camargo:

Ao invés de unidades lógicas subseqüentes umas às outras por inferências necessárias, é o esforço da persuasão e do convencimento que estruturam e servem de base às construções jurídico-decisórias.<sup>16</sup>

Nesse sentido, Margarida Camargo explica que foi com as obras de Viehweg e Perelman que se permitiu identificar a matriz tópicorretórica do pós-positivismo. Descreve que a tópica, principal contribuição de Theodore Viehweg, permitiu o deslocamento do eixo da discussão metodológica que, até então, era fixado sob o formalismo sistemático de índole lógico-dedutiva do positivismo jurídico.<sup>17</sup>

É a busca pela solução do conflito, identificando os vários elementos que o integram, que provoca claro mecanismo de suscitações, tendo o problema como um ente norteador. Ensina Viehweg: “o ponto mais importante no exame da tópica constitui a afirmação de que se trata de uma *techne* do pensamento que se orienta para o problema.”<sup>18</sup>. Concebe-se o sistema a ser interpretado como um conjunto de fundamentos, impedindo a dedução lógica para haver solução mais adequada à realidade com maior aproximação ao problema.

---

<sup>15</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 132.

<sup>16</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 133.

<sup>17</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 133-134

<sup>18</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. [de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 45.

O método lógico-sistemático que marcou o positivismo não mais corresponde e protege de inseguranças causadas por um mundo de novos e diferentes valores, de forma que um novo modelo de legitimação para as decisões jurídicas fez-se necessário, o que só foi possível com a ênfase à natureza argumentativa do direito, pois a lógica formal não dava resposta satisfatória às soluções jurídicas.<sup>19</sup> Assim, diferentemente do que se tinha no formalismo positivista, a solução não se restringe à letra da lei, mas à análise dos elementos que envolvem o conflito, legais ou não, identificando diversas premissas possivelmente verdadeiras para a solução do problema. Nos ensinamentos de Viehweg:

Frente a problemas novos, torna-se necessário anular, ao menos em parte, a perda da flexibilidade mediante uma interpretação adequada. Até que a legislação intervenha, é preciso encontrar e, evidentemente, também, aceitar pontos de vista ajustados às novas situações e que, não obstante, apareçam como concordes com os antigos.<sup>20</sup>

A argumentação dialética moderna, explica Margarida Camargo, preocupa-se com a compreensão de todo o contexto que circunda a realidade do problema e volta-se para os estudos de Viehweg, defendendo que a argumentação dialética é mais adequada à interpretação do direito, em vez da analítica, diante da riqueza de idéias e soluções que a tensão estabelecida entre teses e antíteses proporciona à multiformidade do comportamento social.<sup>21</sup> Assim, a tópica não se limita a um sistema de interpretação meramente lógica e busca possibilitar a maior aproximação do problema para sua justa solução. Para tanto, são levados a estudo os elementos que circunscrevem o problema e as interpretações que, em

---

<sup>19</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 134.

<sup>20</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. [de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 51-52.

<sup>21</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 137.

conjunto, suscitam. A provocação, por natureza, argumentativa, mostra-se habilitada à aproximação maior aos valores que integram o caso, possibilitando solução adequada.

Nesse sentido, a principal contribuição da tópica à superação do positivismo jurídico é a possibilidade de solução adequada aos anseios e aos valores sociais de justiça que circulam o problema, apresentado como merecedor de uma resposta. O estudo de todos esses elementos contribui para a elaboração da lei, buscando sua adequação com a realidade em todos os aspectos.

Do estudo de Margarida Camargo, identificam-se outros precursores, como Recaséns Siches, que demonstra a ênfase para a razoabilidade na interpretação, ponderando os valores que integram o caso e o direito, de forma que se permite identificar o pós-positivismo como o pensamento jusfilosófico que enfrenta, mais de perto, as insuficiências do modelo lógico-formal para o tratamento das questões jurídicas.<sup>22</sup>

Camargo identifica também Perelman, com sua ênfase para a questão da justiça. Descreve que, segundo o autor, tal como no direito, a racionalidade da filosofia tem de insistir em obter justificativas válidas e racionais, o que entra no campo da argumentação e da dialética.<sup>23</sup>

O fundamento da ordem reguladora da sociedade faz-se presente nela própria, em conformidade com os interesses socioculturais e econômicos dominantes, corroborados por aquilo que o grupo considera legítimo, ético e aceitável num comportamento. Nesse panorama, para a construção da realidade jurídica efetiva, exige-se a integração dos problemas

---

<sup>22</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 157.

<sup>23</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 208.

axiológicos, históricos, econômicos e sociais, essenciais para a adequação do direito à realidade.<sup>24</sup>

Perelman analisa que a teoria positivista admitia que um raciocínio pudesse concluir num juízo de valor ou numa norma, desde que figurassem em uma das premissas, mas não admitia que pudessem derivar de um juízo de fato, pois, para os positivistas, a passagem do juízo de fato para o juízo de valor, ou seja, do ser para o dever ser, não poderia ser racional, pois não pertencia a sua lógica. Como consequência, era inevitável restringir o papel da lógica, dos métodos científicos e da razão a problemas de conhecimento puramente teóricos.<sup>25</sup> Como construção de seu raciocínio, Perelman aponta para a relevância do discurso dos valores na solução dos problemas, pois criam disposição preliminar, essencial para orientar discussões futuras:

Para persuadir o auditório, é necessário, primeiro, conhecê-lo, ou seja, conhecer as teses que ele admite de antemão e que poderão servir de gancho à argumentação. É importante não só conhecer quais são as teses admitidas pelos ouvintes que fornecerão à argumentação seu ponto de partida, mas também a intensidade da adesão do auditório. De fato, o mais das vezes, em uma controvérsia, as teses se opõem umas às outras e prevalecerá aquela à qual se confere maior peso, à qual se adere com maior intensidade.<sup>26</sup>

A nova retórica, no ensinamento de Perelman, é “o estudo das técnicas discursivas que visam a provocar ou a intensificar a adesão de certo auditório às teses apresentadas”<sup>27</sup>. O que interessa é a fundamentação racional do agir humano, porque uma solução se mostra mais adequada do

---

<sup>24</sup> REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 08-14.

<sup>25</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução Maria Emantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 135-136.

<sup>26</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução Maria Emantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 146.

<sup>27</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução Maria Emantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 154.

que a outra, de forma que o que é preferível como resposta a um problema é o que se apresenta e convença ser o mais razoável para cada caso.

Tais autores demonstram a ênfase da ciência do direito para a argumentação e a dialética na busca pela solução do caso concreto. Esta procura remonta aos valores envolvidos no caso e à capacidade argumentativa na interpretação e na apresentação das premissas que, no decorrer do diálogo, refletem uma posição mais justa do que a mera aplicação da lei, como nos moldes positivistas, de forma que a compreensão do direito se dá pelo estudo dos elementos que integram o problema e pela argumentação correspondente.

A validade formal e a eficácia, diante do seu enfoque formal e legal, aparecem como incapazes de mostrar a avaliação da efetividade de uma norma jurídica, pois limitam-se à avaliação da lei, e não da realidade em si. Outros aspectos devem ser levados em conta para a construção do direito, no sentido de verificar maior efetividade de suas normas.

O estudo do plano da efetividade da norma jurídica e a busca de forma mais coerente pela solução de um problema apresentam-se, assim, sob os ditames da superação do entendimento positivista pelo pós-positivismo. O plano da efetividade é o grau de incidência de obediência à norma jurídica, e, nesse sentido, ainda que a norma esteja apta para a produção de seus efeitos, sendo essa aptidão caracterizada pela regularidade na questão da validade formal, e que seja eficaz, ou seja, tenha condições de incidir, não significa que os seus preceitos realmente ocorrerão.

Remonta saber se é ou não fielmente e constantemente seguida. A efetividade é o passo para além do mundo jurídico, sendo a realização do direito no desempenho de sua função social, e diferencia-se, portanto, da eficácia jurídica, que se traduz para a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos. A efetividade da norma reflete na sua

incidência. Retrata Luis Roberto Barroso, acompanhando a superação de preceitos positivistas, para a diferença técnica entre eficácia e efetividade da norma, sendo a primeira a aptidão para produzir seus efeitos, e a segunda, a análise da real produção desses efeitos.<sup>28</sup>

É a regra jurídica enquanto momento da conduta humana. Nesse sentido, quando as normas legais contrariam as tendências e as inclinações dominantes no seio da coletividade, somente poderão vir a ser executadas de maneira compulsória, não possuindo um cumprimento natural, sem resistência, por parte da coletividade.<sup>29</sup>

Comporta entender que, quando há a insubmissão numericamente expressiva aos preceitos normativos, torna-se uma norma não-efetiva, não realizando os termos para os quais foi criada. Sua falta de efetividade ocorre ou por estar inadequada à realidade, ou por ter de depender, constantemente, da coação do aparelho estatal para a sua execução, o que implica uma situação compulsória, algo não almejado pela sociedade que busca um contexto de obediência pela relevância e pela utilidade da norma, que é justamente o porquê de sua criação.<sup>30</sup>

Assim, a efetividade é o resultado do cumprimento espontâneo da norma, de forma que o cumprimento por meio da coação existe, contudo, somente quando se faz necessária, que é o caso de não haver correspondência automática entre a conduta moral do ser humano e o preceito institucionalizado, ao passo que ou este desconhece o fundamento da norma, ou não a reconhece em seu âmbito individual, ou não a compreende.

---

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 247.

<sup>29</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 112.

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 248.

Permitindo-se identificar a análise da efetividade dentro do contexto dos estudos apresentados no pós-positivismo, o direito vai além de um sistema de regras institucionalizadas nos moldes formalmente estabelecidos, levantando-se outros aspectos importantes dos padrões da realidade que não são regras, mas princípios, políticas e outros tipos de padrões.<sup>31</sup>

A efetividade, nesse sentido, está ligada à questão dos princípios que, por sua natureza, não se encaixam na lógica automática da validade, funcionando como caminhos argumentativos, levados ou não em conta no momento de uma decisão. Mas, vale enfatizar, não somente a questão dos princípios. A efetividade das normas pondera, também, os valores e as tendências comportamentais da sociedade a fim de que se estabeleça se a norma é ou não seguida, identificando o porquê das decisões das pessoas com relação à conduta exigida na lei em determinado caso.

Deve-se, assim, buscar maior realização do direito e a concretização dos objetivos para os quais foi criado como instrumento coordenador comportamental da sociedade. Nesse sentido, em todos os momentos da construção da norma, os elementos que circundam o objeto que esta visa regular devem ser levados em consideração, além de ser verificados também, e principalmente, quando da aplicação e da execução da norma.

#### **4 Conclusão**

Para o estudo da efetividade da norma, comporta averiguar se foi estabelecida de modo adequado, se realiza os fins para os quais foi criada, e, em uma instância última, se é, de fato, ou não seguida, como é seguida ou porque não é seguida. Nesse panorama, o discurso da efetividade demonstra melhor compreensão no âmbito do pós-positivismo da norma jurídica. Não

---

<sup>31</sup> DWORCKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: M. Fontes, 2002. p.36.

mais se prioriza, ao exagero, o aspecto da validade formal da norma. Percebe-se a presença e maior aceitação de um estudo da efetividade pela associação com a realidade em si, e não somente na esfera da norma jurídica.

Isso não significa que o aspecto formal e a eficácia da norma jurídica, respaldados no positivismo jurídico, não sejam importantes. O que ocorre, é a integração do processo de construção e interpretação do direito aos métodos de busca de solução para um problema e para a aplicação da norma identificados no pós-positivismo. Nesse sentido, a tópica, elemento que caracteriza a vertente pós-positivista, não se limita a um sistema de interpretação meramente lógico, tal como era no positivismo, de buscar a resposta de uma questão literalmente somente na lei, mas busca possibilitar a maior aproximação do problema para sua justa solução.

Para tanto, são levados a estudo os elementos que circunscrevem o problema e as interpretações que, em conjunto, suscitam. A provocação, por natureza, argumentativa mostra-se habilitada à aproximação maior aos valores que integram o caso, possibilitando a solução adequada.

O pós-positivismo ilustra a ênfase da ciência do direito para a argumentação e a dialética na busca pela solução do caso. Esta procura remonta aos valores envolvidos e à capacidade argumentativa na interpretação e na apresentação das premissas que, no decorrer do diálogo, refletem a posição mais justa do que a mera aplicação da lei, como nos moldes positivistas, de forma que a compreensão do direito se dá pelo estudo dos elementos que integram o problema e pela argumentação correspondente.

A análise da efetividade de uma norma jurídica remonta, assim, à passagem da avaliação formal a fim de que se tenha a segurança jurídica demandada na legitimação legal para a forma do comando, além da averiguação da sua adequação com a realidade, e na identificação da sua relação com os seus destinatários, levando-se em conta como requisitos, além

do aspecto meramente formal, o aspecto valorativo e integrativo dos elementos que rondam o problema. Para a solução do caso, na busca pela maior efetividade do direito, pondera-se o aspecto argumentativo e dialético, pois é o mecanismo que possibilita maior aproximação com o que é justo e razoável.

## **THE CONSTRUCTION OF THE EFFECTIVENESS OF THE JURIDICAL NORM WITHIN THE POSITIVIST FRAMEWORK AND ITS REVISION BY POST-POSITIVISM**

### **Abstract**

The article seeks to analyze how the effectiveness of the juridical norm is constructed by the positivist and the post-positivist frameworks. It seeks to map and describe how the effectiveness of Law was established within positivistic frameworks and how these regimes were surpassed by post-positivism, which established a new set of characteristics which became indispensable for the study of the effectiveness of juridical norms.

**Keywords:** Effectiveness. Juridical norms. Positivism. Post-positivism.

### **Referências**

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Tradução de Maria Emantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé. São Paulo: EDIPRO, 2001.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução ao direito**: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução Maria Emantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1979.
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.