



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

EM DEFESA DE UM POSITIVISMO ESTRITO  
E CONTRA AS CONTROVÉRSIAS JURÍDICAS

José Guilherme Souza Santos de Araújo Martins

Rio de Janeiro  
2012

JOSÉ GUILHERME SOUZA SANTOS DE ARAÚJO MARTINS

**EM DEFESA DE UM POSITIVISMO ESTRITO  
E CONTRA AS CONTROVÉRSIAS JURÍDICAS**

Artigo apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Professores Orientadores:

Monica Areal

Neli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

## EM DEFESA DO POSITIVISMO ESTRITO E CONTRA AS CONTROVÉRSIAS JURÍDICAS

**José Guilherme Souza Santos de Araújo Martins**

Graduado pela Faculdade de Direito da  
Universidade Santa Úrsula. Advogado.

**Resumo:** O Positivismo como a melhor filosofia para a aplicação do Direito. A missão do Juiz é a aplicação da Lei aos casos concretos submetidos a julgamento. O valor segurança jurídica impõe ao Juiz uma postura legalista diante das normas. A Lei é o limite mais seguro para a atuação do Juiz.

**Palavras-chave:** Positivismo. Justiça. Segurança Jurídica.

**Sumário:** Introdução. 1. Resenha Histórica do Positivismo no mundo. 2. Positivismo *versus* Jusnaturalismo. 3. O Positivismo e o Direito Alternativo. 4. Positivismo e Pós-positivismo. 5. Críticas ao Ativismo Judiciário. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado tem por fim sugerir aos operadores de Direito a adotar uma postura mais legalista frente aos textos legais. Essa atuação do Juiz preso à legalidade confere maior segurança jurídica para o cidadão que bate às portas do Judiciário.

A decisão de uma causa não pode depender do capricho de Magistrados, que, ao se intitularem justos e criativos, aplicam um direito formulado por eles e não pelo Estado-legislador.

Quem deve fazer as Leis é o Poder Legislativo. Cabe ao Judiciário aplicá-las estritamente, adotando, no máximo, uma interpretação que analise todo o sistema e a

concatenação lógica de seus dispositivos. O que for diferente disso, o Juiz deve evitar, sob pena de transformar nossa Ordem Jurídica em letra morta.

Será objeto de estudo nesse trabalho todo o desenvolvimento do Positivismo na História da Humanidade, sua ascensão e a sua decadência.

Também, será ressaltada a importância do positivismo para o mundo de hoje e para as futuras gerações.

Pretende-se demonstrar com este trabalho que o Juiz deve aplicar a lei ao caso concreto. Não cabe ao Poder Judiciário legislar, já que o povo elege pessoas para fazer leis. O judiciário possui função judicante.

Este trabalho tem por fim apresentar essa crítica à falta de obediência estrita à lei por parte justamente de quem jamais poderia colocá-la de lado que é o Poder Judiciário, cuja função constitucional é de proteger a constituição, as instituições democráticas, os direitos fundamentais e as leis.

## **1. RESENHA HISTÓRICA DO POSITIVISMO NO MUNDO**

O positivismo começou na Grécia. Como se sabe, a Grécia foi o berço cultural da humanidade. As guerras intermináveis e inexplicáveis, a grandiosidade dos conflitos e as idéias propaladas por seus pensadores tornaram a Grécia um centro produtor de ciência.

A matemática foi estudada por filósofos da estirpe de Tales de Mileto e Pitágoras. A medicina recebeu a atenção de Hipócrates, que, por sua vez, passou a enxergar as doenças sob a ótica científica e não mais sob o ângulo de credices e conceitos de arte.

Sobre essa peculiaridade do mundo Grego de produzir figuras e idéias extraordinárias em quase todas as áreas da atividade humana e em tão curto espaço de tempo, Michel Grant, autor de diversas e valiosíssimas obras de história, responde à questão, ao concluir:

Uma das explicações é a cidade-estado. E aqui devemos levar em conta novamente o ambiente mediterrâneo. Os gregos gostavam de conversar, e o clima (que lhes permitia passar boa parte da vida cotidiana ao ar livre) era propício a conversação, isto é, à troca de pensamentos, planos, idéias. Dispunham de tempo ocioso para isso – e o ócio era algo que apreciavam – porque possuíam escravos e podiam contratar homens “livres” para executar o trabalho rotineiro, e porque seu estilo de vida pessoal era tão simples que seus afazeres não lhes consumiam muitas horas do dia. Tudo isso permitia que os indivíduos tivessem tempo e oportunidade para dar o melhor de si – indivíduos excepcionais, vale dizer.<sup>1</sup>

Imputa-se a Sócrates a primeira defesa do Positivismo Jurídico. Esse grande filósofo grego se destacou pelas suas atitudes para com o sistema político vigente, que não foram bem recebidas à época. Sugeria a aristocracia como melhor regime, por entender que não era verdade absoluta o fato de que as decisões, por partirem do somatório de muitas idéias individuais (a democracia), seriam corretas. Por tal posição, Sócrates foi acusado de traição mas, para sustentar a desejada condenação, o libelo incluía imputações de corrupção da juventude, pelo homossexualismo e ridicularização dos deuses.

Por esses motivos, o referido Filósofo foi condenado à morte pelo Governo da Grécia e pelas Leis do País que puniam desse modo aqueles que se prostrassem contra as Instituições Políticas vigentes.

Defendeu-se sozinho, usando toda sua habilidade em argumentar. Como se esperava, todavia, foi condenado por 280 seixos contra 220. Preso até que a sentença de morte fosse executada, diversos discípulos o visitaram para implorar que fugisse, mas Sócrates, sereno, respondia que não era certo desobedecer à Lei, mesmo que ela fosse injusta. Dessa passagem histórica, percebe-se em Sócrates a sua opção pela segurança jurídica consubstanciada na certeza do direito e a sua completa aversão ao descumprimento das Leis. Entre as duas amantes do Direito, Justiça e Segurança Jurídica, Sócrates optou pela última, numa demonstração inequívoca de respeito às Leis, mesmo que elas fossem contrárias as suas idéias ou que por conta disso fossem injustas.

---

<sup>1</sup> GRANT *apud* PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 100.

Paulo Nader, em completo abono ao que foi dito e, depois de observar esse acontecimento histórico, disse o seguinte:

O exemplo histórico mais significativo de prevalência da segurança foi dado por Sócrates, em seus derradeiros dias de vida. Instado por seus discípulos para fugir à execução de uma injusta condenação à morte, o filósofo grego disse-lhes que era necessário que os homens bons cumprissem as leis más, para que os homens maus cumprissem as Leis boas.<sup>2</sup>

Ainda na Grécia, Aristóteles, que encerra o ciclo dos grandes filósofos gregos, considerava o direito natural como direito comum (*Koinós nómos*) e o direito positivo como direito especial ou particular de uma dada *civitas*. Admitindo-se, assim, no princípio pelo qual o direito particular prevalece sobre o geral, o direito positivo prevalecia sobre o direito natural sempre que houvesse um conflito, basta lembrar como exemplo um caso concreto que ocorreu com Antígona, em que o direito positivo – o decreto de Creonte – prevalece sobre o direito natural – o “direito não escrito” posto pelos próprios deuses, a quem a protagonista da tragédia apela.

Envolvido por seu idealismo, Platão imaginou o Estado sem lei, no qual os juízes teriam ampla liberdade para as suas decisões, sem qualquer outro condicionamento além dos imperativos da justiça. A sua concepção não implicava anarquia, pois o Direito existiria exteriorizado nas decisões dos Magistrados. Posteriormente, em uma fase mais adiantada de pensamento, admitiu a conveniência do Estado Legal, porque o Estado sem lei, que ainda reconhecera como superior, exigia a infalibilidade e grande sabedoria, condições que não eram comuns aos juízes.

Na Idade Média, conhecida também pela época das trevas, a relação entre as duas espécies de direito se inverte; 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

---

<sup>2</sup> NADER, Paulo. *Introdução ao Direito Civil*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 121.

vontade de Deus e por este participada à razão humana ou como a lei escrita por Deus no coração dos homens.

Caberia ao legislador conformar o direito positivo ao direito feito à semelhança de Deus, a fim de que ganhasse legitimidade. O direito positivo era justo ou não se estivesse em sintonia com aquele direito ditado pela Divindade e assimilado pela razão humana.

Em Roma, no entanto, o direito comum era o direito romano aplicado aos cidadãos romanos (*ius civile*), que estava ligado ao direito dos nacionais, isto é, ao direito que regula a relação jurídica entre os romanos. A essa noção de direito civil se contrapõe à noção do direito das gentes, que regula a relação jurídica entre os romanos e os estrangeiros.

Decerto, na época das trevas, o direito romano difundiu-se com a alcunha de direito civil, associado ao direito positivo, e o direito comum a todos (*jus gentium*) que se confundia com a idéia Aristotélica de direito natural.

Na realidade, a principal fonte do direito em Roma é o costume. Não havia segurança jurídica. A Lei era incerta. Não havia Jurisprudência certa também. Tudo era movediço e nebuloso.

O direito, àquela época, ficava na dependência do arbítrio dos pretores que eram cargos ocupados por Patrícios.

Daí porque, os plebeus, que formavam a casta miserável de Roma, insatisfeitos com a interpretação dos costumes pelos pontífices, escolhidos entre os patrícios, e desejosos de verem escritos e divulgados esses mesmos costumes, teriam pleiteado (462 a.C.), por intermédio do Tribuno da Plebe *Terentilius Arsa*, a nomeação de uma comissão para efetuar a almejada redação.

Os Plebeus almejavam que as regras do jogo fossem colocadas por escrito de forma clara. Em suma, exigiam que fossem positivadas as normas jurídicas, para que todos

pudessem conhecê-las, mesmo que lhes fossem contrárias. Mas, ao menos, saberiam o que lhes era reservado.

Esse fato histórico demonstra a necessidade de se ter um direito posto pelo estado de forma prévia e que esse direito seja efetivamente aplicado pelo Juiz ao caso concreto que se prostra diante de si para julgamento.

Com o advento da Revolução Francesa, há um retorno claro ao positivismo jurídico, que se encontrava um pouco esquecido no meio da escuridão da época das trevas.

A grande coroação da Revolução Francesa veio com o advento do Código de Napoleão que entrou em vigor em 1804 na França. Antes da codificação, o ordenamento jurídico Francês era diversificado. Ao norte vigoravam as normas costumeiras, da época dos Carolíngios, e ao sul o direito era escrito, baseado no direito romano.

Francisco Amaral, quando se refere aos motivos que levaram a feitura de grandiosa obra jurídica, acentua o seguinte:

Sua causa imediata é a necessidade de unificar e uniformizar a legislação vigente em determinada matéria, simplificando o direito e facilitando o seu conhecimento, dando-lhe ainda mais certeza e estabilidade. Eventualmente, constitui-se em instrumento de reforma de sociedade como reflexo da evolução social. A codificação apresenta vantagens, como a de simplificar o sistema jurídico, facilitando o conhecimento e a aplicação do direito, permitindo ainda elaborar os princípios gerais do ordenamento que servirão de base para adaptar o direito à complexidade da vida real, o que explica o triunfo da codificação nos três séculos.<sup>3</sup>

Pelo aspecto da completude, os Juristas Franceses viam no Código Napoleônico uma obra que não continha lacunas. Tratava-se de uma obra perfeita e acabada. Esses Juristas consideravam que o Código de Napoleão era o direito positivo. Não ensinavam o direito civil, mas sim o Código de Napoleão. Essa atitude legalista deu origem à formação da Escola Exegética na França.

---

<sup>3</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 123.

As interpretações usadas por essa Escola se resumiam na gramatical e na lógico-sistemática, já que o Juiz deveria trabalhar com os dispositivos incertos no referido diploma legal, concatenando-os reciprocamente, a fim de extraírem o máximo sentido dos textos. Teria de haver uma fidelidade patente entre a vontade do legislador e a vontade do juiz.

Com a teoria da tripartição de poderes, tem-se um reforço ao positivismo jurídico na medida em que as principais funções do Estado soberano seriam exercidas por três órgãos distintos, que pela sua importância, são chamados de poderes. Esses órgãos seriam o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, que possuiriam a incumbência de, respectivamente, executar, legislar e julgar.

Sem dúvida alguma, essa teoria encontrou assento na Constituição Federal que, em seu artigo 2º, preceitua que os poderes da República Federativa Brasileira devem ser independentes e harmônicos entre si.

Com isto, o Juiz fica impedido de julgar segundo seu critério individual de Justiça. Deve se valer das normas encasteladas na Constituição e nos Códigos, sob pena de proferir decisões inconstitucionais.

Norberto Bobbio que sintetiza, sobre o ponto, a denominada Idade Moderna ao asseverar o seguinte:

Assim, segundo Montesquieu, a decisão do juiz deve ser uma reprodução fiel da lei: ao juiz não deve ser deixada qualquer liberdade de exercer sua fantasia legislativa, porque se ele pudesse modificar as leis com base em critérios equitativos ou outros, o princípio da separação dos poderes seria negado pela presença de dois legisladores: o verdadeiro e o próprio e o juiz que poria sub-repticiamente as suas normas, tornando assim vãs as do legislador.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de Filosofia de Direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 40.

## 2. POSITIVISMO *VERSUS* JUSNATURALISMO

A primeira referência à idéia do direito natural, que é defendido pelo Jusnaturalismo, foi encontrada na invocação das leis não escritas que Sófocles põe na boca de Antígona. O tema da peça é a resistência consciente do cidadão às leis iníquas do Estado. O direito natural foi assim cultivado por filósofos gregos.

Pufendorf ensina que jusnaturalismo é a expressão de princípios superiores ligados à natureza racional e social do homem.

A diferença com o positivismo é gritante. O Positivismo defende a existência de um só direito, que é aquele posto e imposto pelo Estado. Seus teóricos apregoam a unicidade do ordenamento jurídico e que o direito natural ofereceria ao cidadão uma total insegurança jurídica, uma vez que cada Juiz se basearia no seu particular direito natural, taxando-o de mais justo para a resolução do caso concreto sob julgamento.

Costuma-se destacar seis critérios de distinção entre jusnaturalismo e positivismo. São eles: a) a primeira corrente de pensamento se baseia na universalidade, ou seja, o direito natural vale por toda a parte, já o segundo possui o tom da particularidade, valendo apenas em alguns lugares; b) os primeiros pregam um direito imutável no tempo, os segundos defendem a mudança do direito com o passar do tempo; c) outra diferença se baseia na fonte, isto é, para os Jusnaturalistas, o direito provém da divindade ou da razão humana, enquanto que, para os Positivistas, o direito se funda na lei, que por sua vez, espelha a vontade geral do povo; d) o quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual esse direito chega até os destinatários da norma jurídica, já que para o primeiro o direito lastreia-se na razão e para o segundo advém da declaração de vontade alheia consubstanciada na promulgação; e) os Jusnaturalistas juram que o direito natural estabelece aquilo que é bom e os Positivistas contrapõem essa afirmação dizendo que o direito positivo estabelece aquilo

que é útil para uma determinada sociedade; e f) os Jusnaturalistas possuem por objeto um comportamento que são reputados bom ou mal por si mesmos, enquanto que os Positivistas estabelecem um direito positivo totalmente indiferente à qualidade do comportamento que só adquirem alguma qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo, isto é, é justo aquilo que é ordenado, injusto o que é vetado.

### 3. POSITIVISMO E O DIREITO ALTERNATIVO

Surgiu no Rio Grande do Sul um movimento denominado de Direito Alternativo ou aplicação alternativa do direito. Essa doutrina nova revela que a lei não é referência para o aplicador do direito. Os defensores dessa corrente indagam que se a lei de Atenas era objeto de prova, como poderia ser referência no direito atual?

Amilton Bueno de Carvalho, que é um especialista em direito alternativo, expõe a visão dessa corrente doutrinária, dizendo o seguinte:

Parece-me claro que, a partir do momento em que uma classe toma o poder, ela se equipa com um aparato legal buscando nele se perpetuar. Nas sociedades capitalistas, onde o poder está nas mãos de uma minoria (os detentores do capital e seus representantes), a lei tem basicamente duas funções: manter as forças que estão no poder e determinar a subordinação daqueles que sofrem a opressão (a maioria trabalhadora). Por outro lado, o Estado, donde emerge a lei, é, segundo a tradição marxista, uma máquina de repressão que permite às classes dominantes assegurar a sua dominação sobre a classe operária, para submetê-la ao processo de extorsão de mais-valia. E, mais adiante, conclui que o justo, como inexistente fora do contexto histórico, deve ser buscado, sempre e sempre, dentro do conflito real e, sempre e sempre, na ótica do oprimido.<sup>5</sup>

Desse trecho, pode-se inferir que o uso alternativo do direito é a revolta do próprio direito contra os códigos e as leis do país. Direito alternativo e Positivismo Jurídico são antíteses absolutas, repelindo-se mutuamente.

---

<sup>5</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. *Introdução ao Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

A Justiça Alternativa defendida pelos Juristas do Sul do Brasil acabam com o valor – segurança jurídica, fazendo com que o Juiz não tenha qualquer parâmetro ao julgar uma questão ou um conflito de interesses.

Certamente, essa corrente de entendimento não é o melhor, já que torna o Juiz com o poder de um ditador, o que não condiz nem um pouco com o sistema democrático que vigora atualmente no Brasil.

Transforma também o legislador em peça de decoração, vez que as leis seriam produzidas, mas não seriam mais cumpridas ou a sua aplicação ficaria à mercê da boa vontade da Magistratura.

O fundamento de que o Juiz deveria julgar sempre em prol do oprimido não pode ser aceito. Ocorre que a distribuição de renda justa deve ser realizada pelo Poder Executivo e não pelo Poder Judiciário. Ao poder executivo, cabe a execução de políticas públicas pela Constituição Federal. A teoria da tripartição dos poderes determina que dentro de uma Federação cada poder ou órgão execute a sua própria função conferida pela própria Carta Política de 1988.

#### **4. POSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO**

O Pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas idéias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica.

O Pós-positivismo, em verdade, faz uma simbiose entre os valores do Jusnaturalismo e do Positivismo jurídico, ou seja, realiza-se uma junção das idéias de uma e de outra corrente

de pensamento, para construir um sistema de princípios, já que, nessa nova fase do direito, apresenta-se uma terceira via entre essas duas concepções anteriores.

Em verdade, essa nova doutrina, se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. Há aqui a construção de uma nova hermenêutica sobre o direito posto pelo Estado Democrático de Direito.

Os defensores do Pós-positivismo defendem que enquanto este fenômeno não se aparta da moral e da política, o positivismo não vê nada além do direito produzido pelo Estado-Legislator.

O Pós-positivismo se baseia nos princípios da dignidade da pessoa humana, mínimo existência, razoabilidade e proporcionalidade, para defender que devem ser aplicados a despeito de existência de Lei em contrário.

No entanto, dentre esses princípios indicados, apenas o da proteção à dignidade da pessoa humana se encontra positivado na Constituição, o resto na verdade não passa de uma invenção da doutrina brasileira e de direito comparado.

Não há um dispositivo na Constituição Federal de 1988 que trate expressamente sobre esses princípios do mínimo existencial, proporcionalidade a razoabilidade.

Muitos litígios, hoje, podem ser resolvidos tão somente com o princípio da dignidade da pessoa humana. Não precisa o Juiz se valer de princípios ou regras fora do direito posto para se fazer justiça.

Na verdade, o que se quer, é abrir uma brecha para que o Juiz julgue uma questão ou um litígio da forma que melhor atenda os seus interesses particulares.

Com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o juiz terá liberdade total para julgar uma demanda, podendo até afastar uma regra concreta naturalmente aplicável à hipótese, sob o argumento de que tal regra é inconstitucional por ferir a razoabilidade.

O sistema é todo baseado no sistema romano-germânico que prega a lei como a principal fonte de direito e nada mais. Só se pode julgar com a lei e não julgar a própria lei.

Daí porque, o pós-positivismo também atenta contra o Estado Democrático de Direito, já que permite que o juiz aplique princípios não previstos em lei para resolver conflitos de interesse.

## **5. CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIÁRIO**

Decorrência maior do Pós-positivismo jurídico é o cognominado ativismo judiciário. Este fenômeno traduz uma postura mais ativa do Judiciário que, diante da não razoável mora dos demais Poderes Republicanos, passa a ter elementos para suprir a omissão, fazendo com que um determinado direito fundamental, mesmo que necessite de lei para ser exercido, possa ser realizado, não obstante a falta da referida lei.

Todavia, para aqueles que o defendem, o juiz somente poderia utilizá-lo no caso de inexistência de lei, mas havendo inércia patente do legislador ou do executivo, este na consecução de políticas públicas e aquele na produção de normas jurídicas.

Esse ativismo judiciário vem sendo aplicado pelo STF nos casos de abstrativização do controle difuso de inconstitucionalidade das leis e atos normativos, tornando tábua rasa a atuação do Senado Federal nesse aspecto, nos casos de direito de greve por meio dos julgamentos do mandado de injunção e nos casos de julgados determinando que o Poder Público forneça medicamentos ou que construa creches em Municípios pequenos.

Assim, a despeito de cumprir a Constituição Federal, o Judiciário vem legislando, julgando e executando, isto é, vem exercendo as três funções mais importantes do Estado.

Em verdade, cria-se um problema, que é a violação da constituição brasileira, para aparentemente se resolver outros problemas, que são a ausência de governabilidade.

Diz-se que a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes.

O Professor Barroso traça as diferentes condutas que caracterizam o ativismo judiciário, conforme trecho abaixo transcrito:

[...] a aplicação direta da constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da constituição; e a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>6</sup>

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir ao mínimo sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário.

Acabam, esses Tribunais, a utilizarem critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

Em verdade, é essa última a postura que se espera de Juízes e Tribunais quando da aplicação do direito. A idéia maior é se aplicar a lei, conforme o legislador a redigiu, sem inventos advindos das mentes dos magistrados.

---

<sup>6</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

Ao magistrado não cabe ser criativo, incumbe-lhe no seio do Estado Democrático de Direito a aplicação estrita da lei, para que não faça ou transforme a sua independência funcional em arma particular a ser usada em seu bel prazer e não em prol daqueles que a criaram para o seu próprio interesse, isto é, dos cidadãos.

No Estado Democrático de Direito não há espaço para a aplicação do princípio do contramajoritário. Esse princípio afronta a democracia e inverte os valores mais elementares de qualquer organização de poder.

Por meio desse sistema, quer-se legitimar uma decisão judiciária que proteja a minoria, fazendo com que a opinião majoritária não tenha qualquer relevância no âmbito do sistema democrático.

No seio da legislação, os artigos 02º e 04º do Decreto-Lei 4.657 de 4 de Setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) indicam que o Juiz deve aplicar a lei e depois, nos casos em que houver lacuna, o operador do Direito se valerá da analogia, costumes e princípios gerais de direito.

O artigo 126 do Código de Processo Civil impõe ao juiz a aplicação da lei, antes de tudo. Somente depois, se realmente não houver lei, é que ele aplicará as outras fontes jurídicas. Do contrário, aplica-se a lei. Somente a lei interessa para a aplicação do Direito.

No STF, há um julgado dizendo que o juiz não pode, sob alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável.

## **CONCLUSÃO**

Em conclusão, resta dizer que como teoria o positivismo jurídico vê o direito como um conjunto de ordens ou comandos, emanados do Estado e providos de sanção. Desse vínculo

com o Estado (concepção estatal do direito) decorreriam algumas características: a) a coercitividade do direito, pela possibilidade de recurso à coação física; b) a imperatividade das normas jurídicas no sentido de estabelecerem ordens, comandos; c) a supremacia da lei sobre as outras fontes do direito (costume, jurisprudência, princípios gerais); d) a consideração do direito como sistema de normas, pleno, coerente, sem lacunas; e) a consideração da atividade do Juiz como essencialmente lógica, e a ciência jurídica como uma dogmática ou uma exegese.

Como ideologia, o positivismo jurídico considera que o direito em vigor é justo e deve ser obedecido, prescindindo-se de qualquer consideração sobre sua correspondência com o direito ideal.

Pelo Positivismo Jurídico, a norma seria justa somente pelo fato dela ser válida. A certeza do direito geraria na população uma maior segurança jurídica, o que seria de extrema justiça, já que a decisão judicial aplicaria a lei como posta pelo legislador, mesmo que se valesse de um silogismo aristotélico de premissa menor – fato - premissa maior – lei - e conclusão – Julgamento.

## **REFERÊNCIAS**

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de Filosofia de Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Introdução ao Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NADER, Paulo. *Introdução ao Direito Civil*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes. *Introdução ao Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.