



ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO

Fernanda Shimomura Zuffa
Pedro Alberto Alves Maciel Filho

CAPÍTULO 10

1. Introdução

Com o surgimento das sociedades, faz-se necessária a imposição de normas para a promoção da organização social, assim, pode-se afirmar que nasce, também, o próprio Direito, mesmo que composto por regras não escritas e com o objetivo de promover o arranjo das mais simples associações, como as tribos por exemplo.

Com o passar do tempo e a transformação das pequenas sociedades em grandes civilizações, uma concepção mais complexa do Direito passou a ser necessária, e vários importantes pensadores passaram a se dedicar ao seu estudo e apontar maneiras de estudar o fenômeno jurídico que melhores se aplicavam para explicar as mudanças sociais que buscavam.

Atualmente, o Estado Democrático de Direito se mostra como o mais adequado à consecução do livre desenvolvimento humano e social buscado pelos homens, a partir da garantia da dignidade da pessoa humana, através de um governo pautado em uma soberania exercida pelo povo. Diante disso, indaga-se se seria o Direito positivo suficiente para a sua concretização.

Tem-se como hipótese que a efetivação do Estado Democrático de Direito seria impossível se fosse unicamente pautado em um estudo jurídico exclusivamente científico, como defendem os juspositivistas, que rechaçam a observância do preceito jusnaturalista de perseguição de um ideal de justiça.

Quanto à metodologia, será utilizado o método lógico dedutivo, a partir de revisão bibliográfica, para explicitar os princípios norteadores e principais pensadores tanto do jusnaturalismo e juspositivismo no primeiro e segundo capítulo, além de expor o posicionamento de tantos outros importantes juristas no que concerne aos preceitos necessários ao alcance do Estado Democrático de Direito.

2. Breves apontamentos sobre o jusnaturalismo

O jusnaturalismo é apontado pela doutrina como a mais antiga tentativa de compreensão teórica do Direito, entendendo-o como subordinado a um sistema de princípios naturais (BARRETTO; BRAGATO, 2013, p. 31). Gilmar Antonio Bedin aponta que seus primeiros defensores foram o filósofo Heráclito de Éfeso e o escritor Sófocles, quem escreveu a famosa tragédia, *Antígona*, onde consta a questão central sobre o Direito Natural: existe um direito superior à

legislação positiva estabelecida pela vontade do soberano (BEDIN, 2006, p. 240).

O mencionado direito superior é entendido pelos jusnaturalistas como as normas previamente fixadas na mente do homem, que as obedece para que viva como homem e em conformidade com a sua natureza, deste modo, estas regras são o “[...] fundamento último e a norma suprema da moralidade dos atos humanos e de toda a ordem moral e jurídica” (SOUZA, 1977, p. 55-56).

Assim sendo, a doutrina jusnaturalista argumenta pela existência de um Direito, que se contrapõe ao direito positivo e é permanente e imutável, que estaria contido em uma determinada ideia de natureza (TEIXEIRA, 2006, p. 182), entendida sob diferentes formas, que serão asseveradas a partir dos pensamentos dos principais filósofos a defendê-las, sem prejuízo da importância de tantos outros relevantes pensadores que deixarão de ser mencionados.

Para os defensores do direito natural cosmológico, a *physis* (natureza) era concebida como um corpo material vivo e detentora de diversos microcosmos regido pelo *logos*, que determinava os seus movimentos de acordo com a sua própria natureza qualitativa, não admitindo alterações essenciais em sua posição e pressupondo um movimento circular de eterno retorno do mesmo (TEIXEIRA, 2006, p. 184-185). Ou seja, estes filósofos asseveravam que existia uma ordem natural que regia os movimentos dos corpos do universo, sendo o homem um desses organismos.

Aristóteles é considerado um grande defensor desta corrente, sendo assim, entendia por justiça dar a cada um o que é seu, a partir de uma ação de distribuição com base em sua qualidade (MASCARO, 2019, p. 61), portanto, acreditava na necessidade de imutabilidade e manutenção de cada qual em seu lugar, o que também se aplica ao espaço de cada homem na sociedade, considerando injusto qualquer tipo de ascensão social.

Aristóteles admite uma certa parte mutável do direito natural, porém, a partir da análise de seus textos não fora possível a distinguir exatamente o que o filósofo entendia, reconhecendo-se a possibilidade de três hipóteses, como expõe Bodenheimer (1966, p. 26):

Ele parece mesmo sugerir que a justiça permanente só existe talvez entre os deuses, e que, nos limites do nosso mundo humano, embora exista algo como a justiça natural, todas as normas de justiça são variáveis. P que Aristóteles pode ter tido em mente – posto que o texto talvez nos tenha sido transmitido numa forma truncada – é que o que pudesse ser tido pelo homem, numa sociedade primitiva, como “naturalmente justo”, talvez repugnasse ao senso comum de justiça numa civilização altamente desenvolvida. A medida que o homem progride no controle das

forças cegas da natureza, no aperfeiçoamento de seu senso moral, na ampliação da sua capacidade de compreensão mútua, mais refinado se vai tornando o seu sendo de justiça e este pode ditar-lhe certas formas de conduta social e convivência que, ao contrário das normas de justiça convencional, seja, consideradas em verdade imperativas, e não apenas acidentais ou moralmente indiferentes. Ele pode também ter querido dizer que a lei natural é variável no sentido de que pode o esforço humano, até certo ponto, interferir na sua atuação. Daí dizer-nos que “a mão direita é naturalmente mais forte que a esquerda, embora seja possível que qualquer homem se torne ambidestro”. O modo um tanto misterioso pelo qual Aristóteles formula o seu pensamento torna meramente provável qualquer tentativa de dar-lhe a interpretação genuína.

Ademais, para o mencionado filósofo o Direito é resultado “[...] da natureza e da convenção, pois o legislador baseia-se na realidade empírica da sociedade humana, da natureza desse homem e dessa sociedade, mas irá acrescentar a esse entendimento a sua vontade própria, com vistas a assegurar o justo completo” (TEIXEIRA; BRAGATO, 2013, p. 35).

Portanto, sendo a lei positiva baseada no justo natural, deveria ser respeitada tanto quanto o próprio direito natural (VILLEY apud BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 35). No entanto, é importante observar que para Aristóteles a validade da lei não se baseava na sua forma, mas sim em seu conteúdo, de modo que uma lei injusta ao menos era considerada lei (MASCARO, 2019, p. 61).

Por sua vez, a concepção teológica ou medieval do direito natural entende a natureza, simultaneamente, como cada coisa e todas as coisas enquanto criadas por Deus, e assim sendo, com um modo próprio de ser (TEIXEIRA, 2006, p. 187). Deste modo, nesta concepção a natureza não mais é vista como fonte do justo por si só, mas como desígnio divino, já que dispostos por Deus.

Santo Tomás de Aquino foi um importante filósofo representante da mencionada perspectiva, construindo seu pensamento com base na doutrina aristotélica, assim, defende que medidas justas podem ser encontradas a partir dos mandamentos divinos alcançados pela revelação e pela fé, mas também a partir da observação da natureza, já que se trata de uma criação divina, defendendo a existência de leis tanto no sentido jurídico como moral e teológico, asseverando a existência da lei eterna, lei natural, lei divina e lei positiva (MASCARO, 2019, p. 100-101).

A lei eterna diz respeito ao governo universal através do qual Deus rege todos os movimentos do universo, assim, por se tratar de sabedoria divina, nenhum mortal a conhece inteiramente, com exceção de alguns bem-aventurados que veem Deus em sua essência (BODENHEIMER, 1966, p. 27-38).

A lei natural é aquela que se comunica com os homens a partir de

sua própria existência natural, sendo verificada na natureza, que é obra de Deus (MASCARO, 2019, p. 102). Deste modo, se trata da participação do ser racional na lei eterna por meio de conceito hermenêutico intitulado *synderesis*, correspondente à faculdade de conhecer os princípios supremos do direito natural, alcançada através da consciência como núcleo da subjetividade humana (BARRETTO; BRAGATO, 2013, p. 41).

Por sua vez, a lei divina nunca erra, a tudo alcança e é anunciada aos homens através da revelação, inspiradora da lei natural e da lei humana sendo indispensável para a correta orientação da conduta humana, permitindo e potencializando a participação do homem na lei eterna (BARRETTO; BRAGATO, 2013, p. 32-34). Além disso, a lei divina é uma complementação do direito natural, composto por princípios gerais e abstratos, por diretrizes mais particulares sobre a correta maneira de condução das vidas humanas, reveladas através das Sagradas Escrituras e registradas no Velho e Novo Testamento (BODENHEIMER, 1966, p. 24-25).

Já a lei humana é realizada pelo responsável por cuidar da comunidade, com o objetivo de busca pelo bem comum através da razão, devendo sempre se encontrar em harmonia com o direito natural e a lei divina para que sejam obrigatórias, uma vez que todos devem primeiro obedecer à Deus e depois aos homens (BODENHEIMER, 1966, p. 37-39). Segundo Vicente de Paula Barretto e Fernanda Frizzo Bragato, a lei humana tem o objetivo de especificar princípios constantes no direito natural para regular os casos particulares, afastando os homens depravados e predispostos ao vício pela força e pelo medo (2013, p. 32-33).

Santo Tomás de Aquino defendia a necessidade da existência da lei positiva em razão da própria natureza do homem e que a sua origem deveria preferencialmente ocorrer pela vontade do monarca combinada a da aristocracia ou sábios e os povos reunidos. Além disso, também apontava o reconhecimento da lei positiva somente enquanto realizar o propósito de justiça, devendo ser rejeitada caso contrário (BARRETTO; BRAGATO, 2013, p. 45).

Por sua vez, a concepção mecanicista do direito natural passa a se destacar a partir de uma quebra com os conceitos religiosos de natureza, baseando-se na razão humana e se consolidando uma perspectiva individualista que posiciona o homem como figura central, substituindo a posição anteriormente ocupada por Deus.

Nesta perspectiva, o indivíduo passa a ocupar papel de raiz e fundamento da sociedade moderna, sendo reconhecido como agente transformador do mundo na medida em que todos os fenômenos naturais passam a ser explicados e manipulados cientificamente, pautando-se sob

o manto da razão para a construção de verdades objetivas e científicas (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 47-48), destacando-se os pensamentos de dois importantes filósofos, Thomas Hobbes e John Locke.

Thomas Hobbes indicava a existência de um estado de natureza humana como um “estado bélico” (MASCARO, 2019, p. 144), somente havendo a passagem para o Estado Civil por meio de um pacto social firmado para o alcance de sua salvação, “retirando-o da solidão, da pobreza, da brutalidade e da vileza, próprias do estado de natureza” (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 49), em que inexistem ideias de sentido ético ou moral, de modo que todos tem direito a tudo.

Ainda assim, segundo Bodenheimer, os homens são naturalmente dotados de certas paixões que os inclinam a preferir a paz, como o grande medo da morte e o desejo de possuir coisas necessárias para se ter uma vida cômoda, por este motivo, a sua própria razão o conduz à busca de um estado em que “leis da natureza” sejam respeitados.

A primeira e mais fundamental lei da natureza é de que a paz deve ser procurada sempre que possa ser encontrada, decorrendo desta outras mais específicas como, todos devem deixar de fazer tudo o que era permitido pelo estado de natureza anteriormente, todos devem promover ajuda mútua até o ponto em que não seja perigoso para si ou sua família, ninguém deve constranger ou matar o seu semelhante, entre outros. Diante disso, o homem realiza pacto pelo qual todos os concordam em transferir o seu poder a um só poder, sob a condição de que os demais também o façam (1966, p. 55-56).

Como grande simpatizante do absolutismo, Thomas Hobbes afirmava que o “Leviatã” (poder soberano) era um “fiel guardião da lei natural”, podendo se utilizar da força para proteger a vida, os bens e a felicidade de seus súditos, sem qualquer tipo de restrição legal, havendo apenas uma exceção em que os súditos poderiam se insurgir contra o soberano, quando houver a perda de poder para a preservação da paz social e proteção da segurança dos cidadãos (BODENHEIMER, 1966, p. 55-57).

Ainda que acreditando em um poder soberano do governante e a total submissão dos homens, Thomas Hobbes não negava a existência de uma lei da natureza expressada pela razão, que deveria ser suplantada pela lei civil do soberano em razão da insuficiência humana em concretizá-la, deste modo, tinha por justo o direito estatal. Ademais, considerava que o direito a autopreservação não era alienável, de modo que qualquer pacto contrário deveria ser considerado nulo (MASCARO, 2019, p. 147-151).

Também considerado um contratualista, John Locke discorda de

Thomas Hobbes e acreditava em um estado de natureza pacífico e pleno, em que a execução das leis naturais se encontravam simultaneamente nas mãos de todos, de forma que o gerador da vontade de constituição de um estado civil é a possibilidade de um estado de guerra que ocorreria em razão de inconvenientes e excessos por parte de alguns homens (BARRETTO; BRAGATO, 2013, p. 49-50).

Destarte, o homem opta pela realização do contrato social, buscando principalmente a garantia da propriedade privada, que é intrínseca ao direito natural do indivíduo, decorrente da personalização da natureza pelo esforço humano (MASCARO, 2019, p. 155-159).

Além disso, apesar do indivíduo concordar em ceder parte de sua liberdade ao soberano, este deveria possuir um poder limitado de ingerência em sua esfera privada, priorizando os direitos individuais preexistentes ao pacto social, bem como a vedação a arbitrariedade do poder estatal sobre a vida, a propriedade e a liberdade (BARRETTO; BRAGATO, 2013, p. 49-50).

A partir de uma visão mais moderna, Immanuel Kant desenvolve seu pensamento sobre um direito natural extraído da razão como um sistema de leis jurídicas racionais *a priori*, que não foram embutidas no homem, mas são prévias a ele, que servem de guia para o direito posto (MASCARO, 2019, p. 196).

Ou seja, para Kant o Direito se constituiu de direito natural e direito positivo. O direito natural deve ser considerado em todos os atos tomados pelo Chefe de Estado, nas reformas na Constituição e na elaboração das leis positivas, que são provenientes da vontade do legislador que possui a obrigação de agir no sentido de forçar o cumprimento das leis naturais (BARRETTO; BRAGATO, 2013, p. 58).

Portanto, o jusnaturalismo se mostra como uma corrente defensora de um pensamento voltado a um Direito pautado na busca da justiça a partir de uma espécie de subordinação do direito positivo a um conjunto de normas naturais, estabelecidos pela própria natureza, pela ordem divina ou ainda, gravados na mente humana pela própria razão, que podem ser reivindicados até mesmo contra o próprio Estado.

3. Breves apontamentos sobre o positivismo

Em meio a diversas mudanças sociais ocorridas na Europa ao final do Século XVIII e início do Século XIX, outras formas de pensar o Direito

surgiram, como o positivismo, que valoriza a tentativa de entender o Direito como um fenômeno social objetivo, negando sua dependência de juízos morais particulares e estimando as fontes sociais (BARZOTTO, 2006, p. 642-643).

Assim, em um ambiente voltado ao antropocentrismo e individualismo, o positivismo jurídico ganha destaque e apresenta as seguintes características:

- I – Passagem do modelo de concepção universalista do direito (jusnaturalismo) a um critério particularista que tem em conta os próprios traços de cada sistema jurídica;
- II – Passagem de uma concepção imutável a uma concepção de direito que pode variar como consequências das relações de poder;
- III – Passagem de uma concepção que situava a produção normativa em um autor supra-humano ou na natureza a uma concepção que a situa no poder soberano;
- IV – Passagem de uma concepção que permitia o conhecimento do direito através da razão a uma que necessita da publicação e da promulgação como atos de vontade do poder soberano;
- V – Passagem de uma concepção que fundava a validade do direito em sua racionalidade a uma concepção que o fundamenta no poder político (PACES-BARBA *apud* BARRETTTO; BRAGATO, 2013, p. 61).

Norberto Bobbio foi um importante representante do positivismo jurídico e buscava transformar o estudo do direito em uma ciência empírica, de modo a valorar a realidade fática, ou seja, promover o estudo do direito real sem que este dependa da definição de como deve ser para a satisfação de certo valor, pois este diz respeito ao campo da filosofia do direito e trata de definições ideológicas, valorativas ou deontológicas (BOBBIO, 1909, p. 135-138).

Diante disso, para Bobbio, a validade da norma depende exclusivamente de sua forma, ou seja, se é parte do ordenamento jurídico real, negando qualquer tipo de dependência relativa ao seu valor (ou desvalor) ou à sua eficácia, discordando da chamada escola realista do direito, considerando irrelevante para tal análise, a aplicação ou não da norma à realidade fática (1909, p. 136-143).

Assim, para os positivistas importa as definições factuais, avalorativas ou ontológicas, definindo o direito tal qual ele se apresenta, isto é, sem a indicação do que é justo ou injusto, tão somente apontando uma realidade fática através de um comando que o Estado faz valer coativamente (BOBBIO, 1909, p. 140-141).

Hans Kelsen, proeminente representante da corrente juspositivista e responsável pela obra *Teoria pura do direito*, defende o estudo da Ciência do Direito a partir da abstração dos fatos concretos e o estudo voltado para o que é o Direito propriamente dito, e não como deve ser ou como deve ser feito,

isto é, desconectando-o da psicologia, sociologia, ética e teoria política, por exemplo, não negando a conexão havida mas com o objetivo de “[...] evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto” (*apud* MASCARO, 2019, p. 296).

Assim, o objetivo de Kelsen era o de garantir a autonomia da Ciência do Direito em relação a outras áreas do saber, voltando as atenções para a análise das disposições jurídicas a partir de uma postura de descrição da realidade jurídica através de juízos de realidade e não prescrição de comportamentos, reservada para a vontade de atores políticos e verificáveis empiricamente (BARRETTO; BRAGATO, 2013, p. 105-106)

A teoria do ordenamento jurídico de Kelsen é a mais coerente em comparação a outros pensadores, trazendo a unidade como uma das características do ordenamento jurídico que se aplica tanto ao jusnaturalismo como ao juspositivismo (BOBBIO, 1909, p. 198).

Em relação ao jusnaturalismo, a unidade é correspondente a uma ordem material, haja vista que é relativo ao seu conteúdo, versando sobre o ordenamento de modo estático, já que considera que todas as suas normas são constituídas por uma universalidade correspondente a um postulado moral geral (BOBBIO, 1909, p. 199-200).

Como característica advinda da visão juspositivista, a unidade decorre do modo como as normas são postas, se tratando de uma unidade formal e abordando as normas jurídicas de maneira dinâmica, ou seja, constituindo uma singularidade em razão de terem sido postas por um poder legítimo para a criação do direito e a ele podendo ser reconduzidas, pressupondo-se uma ordem hierárquica (BOBBIO, 1909, p. 200-201).

Assim, as normas hierarquicamente inferiores (individualizadas, como sentenças por exemplo) devem estar de acordo com as normas de escalão mais alto (como as leis), as quais, por sua vez, devem estar de acordo com a norma superior, a Constituição (MASCARO, 2019, p. 304).

Ademais, a obrigatoriedade de subordinação ao poder constituinte é decorrente da chamada norma fundamental, que não se encontra positivada, devendo ser suposta pelo jurista para a devida compreensão do ordenamento (BOBBIO, 1909, p. 201), já que para Kelsen há sempre a necessidade de uma norma superior hierarquicamente validar uma inferior.

Apesar de Kelsen abrir mão da concretude que permeia o pensamento juspositivista a partir de uma apreciação teórica que permite o refletir o ordenamento jurídico, o pensador não foge do realismo característico de sua

linha, haja vista que não se trata de uma reflexão teórica sobre um direito ideal, por exemplo, tão somente aborda uma condição para a compreensão lógica sobre as validades de um ordenamento (MASCARO, 2019, p. 305-306), pensamento que se altera ao longo de sua vida, admitindo-a como uma ficção, trazida em seu último livro:

A norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas [...] não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado. Como tal, ela é uma pura ou “verdadeira” ficção no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-se, que é caracterizada pelo fato de que ela não somente contradiz a realidade, como também é contraditória em si mesma (KELSEN apud MASCARO, 2019, p. 307).

Portanto, o conceito de validade da norma para Kelsen depende exclusivamente da existência de outra superior que contém os preceitos para a sua criação, ignorando totalmente a subordinação a valores e permitindo que todo e qualquer conteúdo seja direito, sendo válida mesmo que contrária a moral (BARRETTO; BRAGATO, 2013, p. 107-108).

Deste modo, Kelsen defendia a possibilidade de conversão de qualquer conteúdo em norma válida sem que fosse necessário qualquer tipo de preocupação com a justiça ou injustiça de seu conteúdo, negando a existência de valores considerados invioláveis e juízos de valor estabelecidos por uma vontade supra-humana (GOMES, 2021, p. 135-137).

Diante disso, o autor da “Teoria Pura do Direito” teceu diversas críticas ao jusnaturalismo, inclusive quanto aos conceitos de natureza e a falta de cientificidade em suas argumentações. Além disso, também afirmava que o direito natural não poderia ser considerado verdadeiro Direito, já que carente de eficácia e coercibilidade, não sendo capaz de garantir a paz e a segurança por si só (TEIXEIRA, 2006, p. 230).

Herbert Hart, outro importante representante da corrente juspositivista preocupava-se em promover o estudo do Direito considerando a complexidade da sociedade contemporânea, e para tal, distingue o ordenamento entre regras primárias, que impõem deveres positivos ou negativos, e regras secundárias, que são classificadas em regras de reconhecimento, regras de alteração e regras de adjudicação (BARRETTO; BRAGATO, 2013, p. 109).

Para explicá-las em sua obra “O Conceito de Direito”, Hart inicia seu pensamento em um conceito de comunidades primitivas que se utilizam tão somente dos costumes para a realização do controle social, a partir de regras primárias de obrigação. Deste modo, essas regras devem conter pelo menos

restrições ao uso da violência, ao fruto e a fraude, que são naturalmente reprimidos para que seres humanos possam viver em sociedade, devendo ser aceitas pela maioria da população para possibilitar a pressão social necessária para que sejam respeitadas por aqueles que não a acatam.

O mencionado sistema é possível em uma pequena comunidade, porém, facilmente passaria a apresentar problemas, como a incerteza, a estaticidade e a ineficácia. A incerteza porque diante de um conjunto de padrões separados de regras não organizadas, de modo que dúvidas acerca de sua extensão e cumprimento não serão facilmente sanadas. Já a estaticidade ocorreria em razão da lentidão de um processo de crescimento e mudanças de condutas necessárias para a alteração de uma regra, não havendo deliberadamente a eliminação de regras antigas e introdução de novas. Por sua vez, a ineficácia se dá diante de uma pressão exercida pelos próprios ofendidos para a garantia de sua aplicação, o que pode gerar a sua não observância em razão de falta de organização do grupo para prender e punir os que a violam. Para cada um dos mencionados defeitos, Hart criou uma espécie de regra secundária.

As regras de reconhecimento possuem o objetivo de sanar a incerteza e dizem respeito a regras com o objetivo de identificar concludentemente as regras primárias, a partir de regras proferidas por autoridade, decisões judiciais, práticas consuetudinárias, ou ainda, realizando referências a algum atributo geral contido na regra primária, introduzindo a ideia de um sistema jurídico organizado e unificado, funcionando como critério para outras normas.

As regras de alteração são tidas como um remédio para a estaticidade e possibilita a introdução de novas regras primárias para a eliminação de regras antigas por um indivíduo ou grupo legitimado, podendo ser simples, com poderes isentos de restrições, ou complexas, limitadas de diversas formas e definindo, por exemplo, o processo que deve ser seguido para a modificação.

No que lhe diz respeito, as regras de julgamento são destinadas a reparar o problema da ineficácia em razão de uma pressão social difusa, deste modo, identificam os responsáveis pelo julgamento, o processo a ser seguido e a maneira de prolação da sentença (HART, 2001, p. 101-109).

Luis Fernando Barzotto (2006, p. 645) nos explica que as regras de reconhecimento são o conjunto dos critérios que os funcionários, especialmente juízes, se utilizam para identificar o Direito, assim, funcionam como a mencionada norma fundamental de Kelsen, necessária para obtenção de lógica, uma vez que se fosse necessariamente positivada, precisaria de outra regra de reconhecimento para lhe destinar caráter jurídico e assim sucessivamente, portanto, é caracteriza-se como a fonte a validade das demais normas.

Além disso, Hart admite que muitas vezes as normas postas não são suficientes para o correto desenlace de um caso concreto, que pode ocorrer pela não previsão de um caso particular específico, por exemplo. Neste caso, o pensador atribui ao juiz o poder discricionário para criar o direito para o caso específico (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 110).

Destarte, os pensadores desta corrente defendem a ideia do estudo de uma Ciência do Direito e, assim, voltada a uma noção científica e factual a partir da convicção de autonomia do direito posto que prescinde de um ideal, abandonando concepções abstratas e subjetivas.

4. Sobre a concretização do Estado Democrático de Direito

A partir da evolução do Estado moderno, ocorrido através de diversas lutas, aprendizagens e construções de importantes pensadores, nos deparamos atualmente com o Estado Democrático de Direito, ou seja, um Estado regido pelas leis e pela vontade do povo.

Segundo Sérgio Alves Gomes (2021, p. 268-269), somente o Estado Democrático de Direito possibilita um convívio social capaz de promover o respeito entre os seres humanos, a partir da percepção de suas semelhanças e diferenças, incorporando princípios como a solidariedade sem incorrer no igualitarismo ou paternalismo, compatibilizando várias espécies de direitos fundamentais e promovendo o respeito à dignidade da pessoa humana.

O mesmo pensador nos lembra que o mencionado tipo de Estado é composto pelo princípio democrático e pelo Estado de Direito, isto é, que o poder político se origina da vontade do povo e encontra na dignidade da pessoa humana o seu objetivo e limite (GOMES, 2021, p. 271-272). Além disso, é importante mencionar que para que realmente haja um Estado Democrático de Direito deve se concretizar uma verdadeira democracia participativa em que se verifica a atuação popular, não somente como indivíduos ignorantes e votantes, mas, sim, como indivíduos conscientes de sua dignidade, seus direitos, suas garantias fundamentais e responsabilidade com as mesmas prerrogativas do outro (GOMES, 2021, p. 240-241).

Nesta perspectiva, a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana apresenta papel fundamental na concretização do referido regime, que deve ser admitido tanto como mandamento à garantia dos direitos fundamentais, explícitos na Constituição Federal, quanto como o gozo de direitos humanos, positivados

em instrumentos de direito internacional (GOMES, 2021, p. 285-287).

Analisando as duas mencionadas correntes para o estudo do fenômeno jurídico, percebe-se que se trata de percepções contrastantes, sendo o jusnaturalismo uma corrente dualista que defende a existência de um direito positivo subordinado ao direito natural, concebido através de um ideal pautado na justiça a ser observada a partir de diferentes concepções; enquanto o juspositivismo prega a autossuficiência do direito positivo a partir de um estudo científico e pautado unicamente na realidade objetiva.

Porém, algumas similitudes podem ser encontradas em ambos pensamentos. Kelsen critica o jusnaturalismo pois a considera uma teoria idealista-dualista que considera a existência do direito positivo (criado por humanos e mutável) e do direito natural (ideal e imutável), sendo que a sua própria teoria também possui traços dualistas, haja vista que prevê a existência da norma fundamental, reconhecidamente fictícia (TEIXEIRA, 2006, p. 232-233).

No mesmo sentido se nota o pensamento de Herbert Hart, que indica as regras de reconhecimento como fonte de validade das demais normas, quase que como uma espécie de norma fundamental de Kelsen. Ademais, em sua doutrina passa a haver uma preocupação com a possibilidade de lacunas nas normas positivadas, que deve ser resolvida através de atribuição de poderes ao próprio julgador para a criação de regra necessária para a solução do caso concreto, de modo que apesar de não haver inferências quanto a observância de um critério moral (HART *apud* BARETTO; BRAGATO 2013, p. 110), não se pode negar a existência de uma mínima expectativa de busca pela justiça na prolação de uma sentença adequada.

Deste modo, verifica-se que esta ideia de um direito pautado tão somente no conjunto de normas positivadas se mostra insuficiente, até para os mais entusiastas deste pensamento, que acabam buscando no mundo ideal meios para conferir lógica para as suas construções.

Jesús Ballesteros (2007, p. 61) indica, em sua obra, que, com o passar dos anos, até mesmo Norberto Bobbio mudou a sua opinião sobre o positivismo:

Pelo quizá de toda la obra de Bobbio para el tema que nos ocupa sea especialmente relevante uno de sus últimos escritos, titulado Dalla struttura alla funzione, en el cual se lleva a cabo una importantísima revisión de la teoría clásica del derecho, como control social y coacción, propia del positivismo formalista, y en que incide naturalmente Kelsen, para pasar a destacar el papel fundamentalmente directivo o promotor del derecho. Lo que supone el paso de una visión estática estructural del

*derecho a una visión dinámica del mismo, en el que se tiene en cuenta la teleología del mismo*¹¹⁴.

Na atual sociedade contemporânea, que se encontra em constante transformação, o positivismo se mostra inadequado como uma teoria jurídica a ser aplicada, uma vez que se mostra necessária a atuação dos juízes na construção da jurisprudência, socorrendo-se dos princípios gerais do Direito para a solução dos novos conflitos e novos paradigmas que surgem diariamente e não encontram guarida na legislação.

Isto posto, observa-se que a tentativa de redução do Direito à esfera meramente normativa e a seu estudo através de um conceito unidimensional não prevaleceu, até porque o próprio fenômeno jurídico é complexo e envolve além das normas, os fatos e os valores (BARZOTTO apud GOMES, 2021, p. 216-217).

Negar o princípio absoluto da justiça é uma grave falha na construção de uma Teoria do Direito, uma vez que ignorá-lo é consentir que o Direito seja fruto de variações arbitrárias dos responsáveis pela promulgação das leis, como exemplifica Cícero que afirma que se a vontade dos povos, os decretos dos chefes e as sentenças dos juízes constituíssem o direito, então seria possível criar o direito ao latrocínio, ao adultério, à falsificação dos testamentos caso houvesse aprovação da sociedade, e, por isso, deve o intérprete jurídico valer-se do direito natural a fim de evitar esta disparatada situação (SOUZA, 1977, p. 47-48).

Isto porque, como afirma Gilmar Antonio Bedin (2006, p. 241), o direito natural defende que o direito positivo deve sempre estar condicionado a um sistema superior de normas para que haja a sua validade, que seria o ideal de justiça, sem esta, resta ao legislador as ordens do poder, sendo manifestamente prejudicial ao livre desenvolvimento dos direitos e liberdades dos indivíduos, como nos mostra a história:

a) quando o poder político concentra-se nas mãos de um monarca, sob a justificativa de que isso se faz necessário para garantir a vida e a segurança dos súditos, em verdade, estes transformam-se em brinquedos nas mãos do rei que se vê livre inclusive para agir como *tirano*. Revela-se assim a face cruel do Estado absolutista;

114 - Tradução livre: "Talvez de todos os trabalhos de Bobbio sobre o assunto em questão, um de seus últimos escritos seja especialmente relevante, intitulado *Dalla Struttura alla funzione*, no qual é realizada uma revisão muito importante da teoria clássica do Direito, como controle social e coerção, típico do positivismo formalista, e no qual Kelsen naturalmente afeta, para passar a destacar o papel fundamentalmente diretivo ou promotor do direito. O que supõe é o passo de uma visão estrutural do direito para uma visão dinâmica do mesmo, no qual a teleologia do mesmo é levado em conta."

- b) quando, em nome da liberdade, da igualdade e da fraternidade, as revoluções burguesas vencem o despotismo real e o abuso da liberdade econômica coloca à margem do desenvolvimento milhares de pessoas, excluindo-as das condições mínimas para uma vida digna, e o Estado nada faz para superar tal situação de *injustiça social*, revela-se o paradigma do *Estado liberal*. Um Estado omissivo, passivo, não interventor. Este permite e até legaliza a institucionalização da escravidão dos não-proprietários pelos donos dos meios de produção dos bens econômicos. Tal cenário configura a face sombria do *Estado Liberal*;
- c) quando o *Estado Social*, ao se contrapor ao liberalismo, no afã de *tudo* prover e abranger, suprime as *liberdades individuais* e trata o indivíduo apenas como integrante de uma massa humana coisificada, ele acaba por engendrar as ditaduras e até mesmo o *Estado totalitário*. O primeiro passo para este consiste na seguinte inversão: ao invés de o Estado ser instituição a serviço da pessoa humana e de toda a sociedade, o indivíduo e a sociedade se submetem ao aparelho estatal e à vontade arbitrária de seus governantes (GOMES, 2021, p. 274-275).

E é por isso que tanto se valoriza a limitação do poder por uma superlegalidade, como a defesa da dignidade da pessoa humana. Além disso, para a garantia de um futuro melhor a todos, valoriza-se a construção de uma Constituição prospectiva e não engessada, focada também na resolução dos fenômenos futuros e não somente dos fenômenos presentes, o que é possível através do respeito aos princípios constitucionais (GOMES, 2021, p. 208).

Importantes movimentos revolucionários que transformaram o mundo naquele que hoje conhecemos pautaram-se no Direito Natural, como a abolição da escravatura e a maior liberdade feminina no casamento, por exemplo, uma vez que foram os jusnaturalistas estoicos os primeiros a apontarem que as elucidadas instituições contrariam a natureza, considerando que segundo a lei natural todos são iguais (BODENHEIMER, 1966, p. 31-32).

Seguindo a mesma lógica, o pensamento judaico-cristão representado pelos defensores do Direito Natural teológico também muito contribuíram para a construção do conceito da dignidade da pessoa humana porque ao considerar o homem como criado à imagem e semelhança de Deus, assevera que a todos é conferido valor próprio que lhe é intrínseco, vedando a sua transformação em mero objeto (SARLET *apud* GOMES, 2021, p. 277).

E é sobre esta convicção que se define a ideia dos direitos humanos como um direito que compete a todos os seres humanos pelo simples fato de assim os serem, independentemente de qualquer circunstância pessoal política ou histórica, o qual, ao lado dos direitos fundamentais, somente pode ser garantido mediante um Estado Democrático de Direito, que se concretiza

através do retorno aos princípios do direito natural.

Isto porque, para se efetivar um Estado de Direito há primeiro a necessidade de respeito por parte dos detentores de poder e dos legisladores a uma ordem superior às suas vontades, garantindo que a lei não seja vista como o próprio fim do Direito, mas sim como o meio para a garantia das condições para o exercício dos direitos subjetivos dos indivíduos.

Igualmente necessário para a materialização de um Estado garantidor da dignidade da pessoa humana é a educação dos operadores do Direito com base na hermenêutica constitucional, ou seja, com o objetivo de compreender e aplicar a ordem jurídica fundamentada em valores considerados fundamentais (GOMES, 2021, p. 213-214).

Além disso, como aponta Sérgio Alves Gomes, o próprio homem é um ser que leva a sua vida orientado por valores, sendo natural que assim seja o ensino do Direito, a fim de possibilitar que o intérprete jurídico possa aplicar seus conhecimentos com razoabilidade, proporcionalidade e prudência, de modo que o estudo do Direito como uma ciência, pautada tão somente em uma perspectiva normativista que ignora importantes preceitos como a realização da justiça, se mostra imprópria (2021, p. 145-147).

Deste modo, o mesmo doutrinador também assevera que o operador do Direito deve se afastar do estudo do Direito como um raciocínio voltado a certezas absolutas que podem ser copiadas em busca das mesmas soluções e do mero estudo das normas individualmente consideradas, sem respeito a um conteúdo voltado ao alcance do bem comum, e se aproximar de uma interpretação jurídica aberta a partir dos valores alçados pela Constituição Federal (2021, p. 212-213).

Assim sendo, um jurista verdadeiro também deve ser um hermenêuta constitucional, preocupado com a busca pela justiça em cada caso concreto específico, o que exige um profundo e complexo trabalho interpretativo, como explicita Sérgio Alves Gomes (2021, p. 213):

Daí a indispensável *prudência*, no exercício da *ponderação*, a fim de se chegar ao *razoável*. A *consciência* da impossibilidade humana de se alcançar, na maioria dos casos, uma “verdade plena” leva o jurista a ter que se conformar com as verossimilhanças e, em face destas, tomar decisão que seja ética e juridicamente aceitável à luz do princípio da *razoabilidade*.

Alcança-se, portanto, uma Teoria do Direito de corrente pós-positivista como garantidora do Estado Democrático de Direito, baseada no “[...] resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e

a Ética” (BARROSO apud GOMES, 2021, p. 217), o que é mais compatível com a busca pelas soluções dos anseios de uma sociedade contemporânea.

4. Conclusão

Desde os mais primórdios tempos o homem busca maneiras de explicar e justificar a sua própria realidade social a partir do estudo do fenômeno jurídico. Diante disso, buscou-se através desta pesquisa a exposição de diferentes doutrinas que compõem a Filosofia do Direito para melhor explicitar o necessário para a consecução de um Estado Democrático de Direito, conforme instituído pela Constituição Federal de 1988.

Assim, busca-se subsídios para a efetivação de um Estado que encontra o seu limite e objetivo na dignidade da pessoa humana, através de um governo pautado na vontade do povo, confirmando-se a hipótese de que seria impossível a efetivação do Estado Democrático de Direito se unicamente pautado no estudo jurídico exclusivamente científico, sendo necessário o resgate a modelos antigos como o jusnaturalismo para a sua consecução.

Isto porque, apesar de mais moderno, o modelo positivista é deveras permissivo ao poder do governante e do legislador, uma vez que ignora a importância de um direito supremo que venha a limitar os seus atos, permitindo que com a confecção de novas normas, venha a se confeccionar também o próprio Direito, o que deve ser, no mínimo, incômodo a qualquer ideia de justiça, haja vista a grande possibilidade de legitimação de poderes autoritários e despóticos.

Além disso, depara-se, também, com outra problemática, a sociedade hodierna é marcada por grandes e velozes mudanças que fazem surgir novos conflitos e desafios. Deste modo, esperar uma reposta legislativa para todos problemas para só então poder solucioná-los contradiz as ambições de um governo voltado à garantia dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

Portanto, faz-se imprescindível o estudo da Teoria do Direito com base em valores e princípios para a consecução de um Estado Democrático de Direito, a partir da formação de hermeneutas constitucionais, capazes de interpretar o Direito e encontrar respostas individuais aos conflitos postos, apoiados na razoabilidade e prudência para a tomada de decisões pautadas na ética e na busca pela justiça.

Referências:

- BALLESTEROS, Jesus. **Sobre el Sentido del Derecho: introduccion a la filosofia jurídica**. 3 ed. Madrid: Editorial Tecnos Grupo Anaya, 2007.
- BARRETTO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Leituras de Filosofia do Direito**. Curitiba: Juruá, 2013.
- BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo Jurídico In: BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 2006.
- BEDIN, Gilmar Antônio. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.
- BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do Direito: filosofia e metodologia jurídicas**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de Introdução ao Direito**. Barueri: Manole, 2004.
- GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica Constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2021.
- HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. 3 ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- SOUZA, José Pedro Galvão de. **Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- TEIXEIRA, António Braz. **Sentido e valor do Direito: introdução à filosofia jurídica**. 3 ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2006.