



A CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA CONCEPÇÃO DO DIREITO NO ESTADO DEMOCRÁTICO

Josias Michel Schott¹

Flavio Cassel Júnior²

RESUMO: Neste artigo se analisará o processo que culminou com a reestruturação da Teoria do Direito, em especial, no que se refere à redefinição da relação entre direito e moral, a partir de um novo contexto histórico inaugurado com o fim da Segunda Guerra Mundial. Ante tal propósito, procura-se compreender em que medida esta tese estruturante do Positivismo Jurídico, defendida até a metade do século XX, continua a alicerçar o Direito, a partir da década de 1950, quando da consolidação do Estado Democrático de Direito. A comunidade jurídica não poderia se manter insensível às novas aspirações da sociedade em construir um mundo onde as pessoas se pautassem com respeito e consideração aos seus semelhantes, independentemente de qualquer fator que as diferenciasses, como a nacionalidade, a raça, a cor, o sexo. Em suma, um Direito que fosse construído com o objetivo de proteger e de promover os direitos fundamentais reconhecidos na Constituição do Estado.

Palavras-chave: Positivismo Jurídico. Direito e Moral. Estado Democrático de Direito. Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Fundamentais.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria, UFSM. Integrante do Grupo de Estudos em Constitucionalismo Contemporâneo, linha de pesquisa: Intersecções entre o Direito Público e o Privado, na UNISC, coordenado pelo Prof. Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis. E-mail: <josiasschott@gmail.com>.

² Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera Uniderp. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Luterana do Brasil, ULBRA. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria, UFSM. Integrante do Grupo de Estudos em Constitucionalismo Contemporâneo, linha de pesquisa: Intersecções entre o Direito Público e o Privado, na UNISC, coordenado pelo Prof. Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis. Tabela de Notas. E-mail: <fcj@via-rs.net>.

ABSTRACT: This article will analyze the process that led to the restructuring of the legal theory, in particular as regards the redefinition of the relationship between law and morality, from a new historical context opened with the end of World War II. In view of this purpose, we try to understand to what extent this structural thesis of Legal Positivism, defended until the mid-twentieth century, it continues to underpin the Law, from the 1950s, when the consolidation of the democratic rule of law. Before his transformative role in reality, the law could not remain insensitive to the new aspirations of society to build a world where people pautassem with respect and consideration to their neighbors, regardless of any factor that differed as to nationality, race, color, sex. In short, a law that was built in order to protect and promote the fundamental rights recognized in the State Constitution.

Keywords: Legal positivism. Law and Morals. Democratic state. Dignity of human person. Fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo se dedicará a analisar em que medida a teoria positivista do Direito, desenvolvida a partir da segunda metade do século XVIII, como instrumento jurídico de afirmação do Estado Liberal, vem sendo aplicada, ainda hoje, pelo Supremo Tribunal Federal no contexto do Estado Democrático de Direito, construído sob bases e com objetivos diametralmente opostos àqueles que sustentaram o modelo liberal após, e, em consequência, da Segunda Guerra Mundial, especialmente no que tange a tese da separação entre o Direito e a Moral. Nesse sentido, o trabalho se estruturará nos seguintes capítulos: A formatação do Estado Constitucional Contemporâneo e o Positivismo Jurídico, uma teoria em reconstrução. No primeiro capítulo, abordar-se-á o processo que culminou com a constitucionalização dos direitos fundamentais em torno da proteção e da promoção da dignidade da pessoa humana, pontuando, dentre outros aspectos, a centralidade que esses direitos passaram a ocupar na ordem jurídica dos Estados democráticos de Direito. Por fim, no segundo capítulo, examinar-se-ão as teses que fundamentam as teorias positivistas elaboradas por Kelsen e Hart, para que se possa, a partir dessa compreensão, defender ou não a sua aplicação no contexto de um Estado Constitucional contemporâneo.

2. O CONCEITO DE DIREITO PROPUGNADO PELA TEORIA POSITIVISTA DO DIREITO NO ÂMBITO DO ESTADO LIBERAL

O positivismo jurídico³ foi construído como instrumento de afirmação do Estado Liberal⁴, no século XVIII. Diante da erosão dos valores morais que uniam os indivíduos em sociedade, era necessário que o Estado passasse a estabelecer mecanismos jurídicos que proporcionassem essa coesão, trazendo-lhes segurança jurídica e previsibilidade às suas relações sociais (BARZOTTO, 2007).

Nesse sentido, então, o Direito passa a ser compreendido objetivamente e de forma neutra pelos seus operadores, despido, portanto, de qualquer conotação axiológica. Para Austin, um dos precursores desta teoria, o seu objeto restringe-se ao “direito positivo”, e este corresponde unicamente ao conjunto de leis elaboradas pelo poder soberano do Estado, que pode ser representado por um único indivíduo – monarquia – ou um colegiado – oligarquia, aristocracia ou democracia. Ou seja, o que o define como tal não é o seu conteúdo, se bom ou mal, justo ou injusto, mas se ele adveio ou não do comando do soberano. De modo que, a validade da lei fica condicionada tão somente a quem a originou, e não ao seu conteúdo, se moral ou imoral (SGARBI, 2009).

³ Importante salientar, porém, que o positivismo jurídico fez parte de um movimento bem mais amplo. Na verdade, ele se inseriu dentro de uma vertente de pensamento denominada de positivista, que englobou, além do Direito, áreas como a sociologia, a filosofia, a lógica e a psicologia, que passaram a compreender seus respectivos campos de estudos e resolver seus problemas a partir da eleição de alguns conceitos tidos como dogmas, fundamentados em elementos objetivos e neutros, suscetíveis, portanto, de demonstração. Queria-se, com isso, afastar incertezas e subjetivismos por parte dos estudiosos e aplicadores dessas áreas do conhecimento, inclusive no Direito (CRUZ e DUARTE, 2013, p. 117).

⁴ O modelo liberal, gestado no século XVIII, representou a primeira faceta do Estado de Direito na história. Ele foi constituído como reação radical e substancial aos princípios e instituições vigentes à época que sustentavam o Estado Absolutista. Seu principal objetivo, portanto, residiu na limitação do poder do Estado, que se revelava absoluto, ilimitado e concentrado nas mãos do Rei (LEAL, 2007, p. 10). Neste momento, na medida em que os papéis dos Poderes do Executivo e do Judiciário se secundarizam, o Parlamento se transforma num órgão onipotente e insuspeito dentro do Estado Liberal e, portanto, insuscetível de quaisquer condicionamentos e fiscalizações, e a lei, fruto de sua obra, passa a representar a fonte por excelência do direito (SARMENTO, 2004, p. 26).

Abeberando-se desses conceitos construídos a partir do século XVIII, Hans Kelsen⁵ e Herbert Hart⁶, considerados os maiores expoentes do positivismo jurídico do século XX, no âmbito, respectivamente, da tradição jurídica da *Civil Law* e da *Common Law*, preocupam-se em elaborar em seus escritos um conceito de direito que fosse capaz de apartar o seu objeto dos demais campos relacionados às ciências sociais, como a política, a moral e a religião (MOLLER, 2011, p. 81). Nesse sentido, esses autores passam a definir o Direito a partir de determinados critérios objetivamente postos relacionados à sua forma, e não ao seu conteúdo. É o que se convencionou chamar de “definição essencialista de direito” (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 82).

Apesar do mesmo propósito, o caminho percorrido por cada um deles na elaboração de suas teses foi diferente, na medida em que representavam culturas jurídicas específicas, dotadas de características próprias. Kelsen propõe que o objeto do Direito seja determinado a partir da construção de um conhecimento autônomo e autossuficiente em relação a fatores e saberes que lhe são estranho ou extrajurídicos, despindo-se, portanto, de juízos morais, religiosos, políticos e ideológicos que visem justificar, transformar ou desqualificar a norma jurídica (PÍTICA, 2008, p. 21-22).

Para ele, o conceito de direito decorre das características peculiares de suas normas, que as qualificam como jurídicas. Determinados elementos as distinguem das demais normas de caráter moral e religioso, por exemplo. Esses qualificativos são a coação⁷, a fonte - a legislação seria a fonte por excelência do Direito - e a imperatividade das normas (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 38).

Hart, por sua vez, discordando da perspectiva de Kelsen, sobretudo no que tange a essencialidade do elemento da coação para a caracterização de uma norma

⁵ Hans Kelsen liderou ainda jovem a Escola de Viena e, com apenas 30 anos, lançou em 1911 as bases do positivismo jurídico enquanto teoria integral do Direito na obra *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Mais tarde esse texto viria a se converter no talvez mais controverso livro da presente história do pensamento jurídico: a Teoria pura do direito, em suas duas edições, de 1934 e 1960, esta última representando a palavra final de Kelsen sobre temas trabalhados por mais de 50 anos (MATOS, 2008 p. 105).

⁶ A teoria de Herbert Hart inaugura uma nova forma de se analisar o campo jurídico. Herdeiro e crítico de John Austin, demais de sucessor intelectual de inúmeras ideias de Wittgenstein, Hart deve ser considerado, conjuntamente com Kelsen e Ross, um dos maiores nomes da Teoria do Direito do século XX. Ainda hoje suas formulações são discutidas e muito influentes no círculo universitário ocidental, como se pode notar com o debate que, dentre outros, travou com Dworkin (SGARBI, 2009 p. 103).

⁷ A coerção jurídica se materializa através da sanção aplicada pela autoridade pública competente diante de uma conduta praticada por um indivíduo contrária ao Direito, resultando numa privação compulsória de um bem que se afigura devida (PÍTICA, 2008, p. 45).

jurídica, propõe uma definição diferente do Direito. Segundo ele, o que o caracterizaria é essencialmente o consenso das autoridades e dos cidadãos em torno de uma Regra de Reconhecimento, cujo conteúdo é construído pela própria prática jurídica dos aplicadores do Direito quando definem no seu dia a dia se uma norma pertence ao sistema ou não (MOLLER, 2011, p. 86)

Diferentemente da norma fundamental de Kelsen, que se revela como hipotética e pressuposta, esta regra representa uma prática social de identificação dos critérios que determinam a validade das normas jurídicas primárias – as normas de conduta. É a partir dela que se delimitará o campo do que será ou não direito. Porém, da mesma forma que a norma fundamental, a regra de reconhecimento tem caráter de regra última do sistema, não se sujeitando, assim, a juízos de validade. Apenas fundamenta a validade das demais normas que compõem o Direito (KOZICKI, 2014, p. 84).

Assim, é possível identificá-la por meio da prática dos funcionários da justiça no momento em que eles aplicam as normas primárias nos casos concretos guiados por um juízo que lhe é comum e compartilhado pela coletividade. Ao aplicá-las num determinado sentido, os juízes estão a considerar a sua conformidade com os critérios⁸ estabelecidos pela Regra de Reconhecimento eleita pela sociedade daquele Estado. Conforme anteposto, então, esta regra corresponde à última norma do sistema, funcionalmente seletiva – inclusiva e exclusiva - e, por representar a uma prática social, não é válida nem inválida (SGARBI, 2009, p. 135).

Portanto, Hart sustenta que a definição de uma fonte social como critério de validação de toda e qualquer norma jurídica elaborada pelo Estado é essencial para que se possa separar o “Direito” do campo do “não Direito”. E cada Estado adotará a fonte social de acordo com a tradição e a cultura de sua sociedade, inclusive podendo reconhecer valores de caráter moral, que, embora presentes eventualmente, não se revelam necessários, porém, para a identificação de uma norma como jurídica. Nesse passo, uma Regra de Reconhecimento de um determinado Estado, por opção de sua

⁸ Nas sociedades modernas, caracterizadas pela sua complexidade, a regra de reconhecimento faculta a existência de vários critérios de identificação da validade das normas primárias, porém, sendo um deles “supremo”. Na Inglaterra, por exemplo, este critério corresponde às leis elaboradas pelo Parlamento. E, note-se que raramente esta regra vem escrita expressamente no sistema (BARZOTTO, 2007, p. 103).

sociedade, poderá incluir valores morais como critérios de aferição da validade das normas que compõem o seu sistema normativo (DIMOULIS, 2006, p. 138).

Observa-se, então, que neste ponto, ele se divorcia da concepção positivista defendida por Kelsen, na medida em que este filósofo não admite, ainda que excepcionalmente, a introjeção de aspectos morais como fatores de identificação e de interpretação do direito positivo. Pois, para Kelsen a moral não se revela numa ordem absoluta, mas se manifesta através de inúmeros sistemas diferentes e muitas vezes antagônicos entre si. Nesses termos, um ordenamento jurídico, ao pretender se fundamentar num deles, poderá contrariar os demais. Por isso que o objeto do direito não pode se condicionar a avaliações dessa natureza. Assim, mesmo que a prescrição de uma norma de direito venha a contrariar manifestamente a ordem moral da sociedade, a sua validade jurídica não fica prejudicada (KELSEN, 2015, p. 77).

Essa divergência desencadeou, portanto, uma ruptura de perspectiva entre os próprios positivistas em relação ao que se pode ou não considerar como direito, desdobrando-se a teoria em duas linhas de pensamento: a corrente denominada de positivismo exclusivo ou duro que nega a incorporação da moral pelo direito, na qual Kelsen se insere, e a doutrina do positivismo inclusivo ou moderado, representada por Hart, que admite a possibilidade, porém, não necessária, de integração do sistema jurídico por valores morais. A primeira delas, então, na esteira dos ensinamentos de Kelsen, sustenta que “a moral não pode ser utilizada em nenhuma hipótese como critério de identificação do direito positivo, tanto no sentido da constatação de sua validade como no sentido de realização de sua interpretação” (DIMOULIS, 2006, p. 135).

Por outro lado, a tese central do positivismo inclusivo assevera que os valores morais poderão, mas não necessariamente, ser considerados como condição de validade das normas jurídicas. Nesses casos, então, associado ao seu *pedigree* ou a sua fonte social, a identificação do direito e a sua interpretação passa a depender também de seus méritos morais. Assim, quando os magistrados julgarem os casos concretos com base nesses valores acabam por incorporar seus conteúdos na composição do direito juridicamente válido (CRUZ; DUARTE, 2013, 140).

Note-se, então, que Hart, ao admitir a recepção da moral pela ordem jurídica, continua a definir o direito a partir da regra de reconhecimento, independentemente de seu conteúdo. A sua tese, portanto, tem como referência a ideia de fonte social

atrelada a uma análise objetiva da regra secundária de reconhecimento, na medida em que a validade jurídica de uma norma não guarda conexão necessária com a avaliação moral de seu conteúdo (MOLLER, 2011, p. 87).

Diante dessa perspectiva, é possível incluir tanto a corrente exclusiva quanto a inclusiva no positivismo metodológico articulado por Bobbio, segundo o qual a validade da norma jurídica prescindiria de sua correção moral ou de juízos de legitimidade. Em outras palavras, a identificação do Direito se perfaz através de suas fontes ou de sua estrutura formal, e não por meio de juízos que o conformam em princípios de ordem moral ou de justiça (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 29).

Nesse sentido, então, é que se manifesta a tese positivista que separa o direito da moral e da justiça, pois na sua delimitação “os juízos de validade se sobrepõem aos juízos de valor” (ROSSI, 2012, p. 29). Assim, para o positivismo jurídico:

O Direito corresponde a um complexo fático-normativo que, ontologicamente, não se apresenta como um valor. Não tem sentido, portanto, a utilização da palavra “direito” para qualificar determinada realidade em termos axiológicos, visto que ela corresponde apenas a uma descrição: notada a existência de certos elementos em dado sistema social, ele pode ser descrito – e não qualificado – como direito (MATOS, 2008, p. 109).

Porém, apesar da vedação ou da restrição de uma análise valorativa do Direito, ambas as correntes entendem pela necessidade de sua interpretação, em contraposição ao positivismo clássico do século XIX. As normas jurídicas, portanto, nos limites semânticos estabelecidos pela linguagem textual, podem ser interpretadas pelos juízes quando de sua aplicação aos casos concretos.

Note-se que ao longo do século XIX vigorou a tese da interpretação mecânica da lei, elaborada e sustentada pela Escola francesa da Exegese que caracterizou o positivismo jurídico legalista, na medida em que a lei era considerada a fonte por excelência do Direito, pretensamente completa, objetiva e clara. Neste período, portanto, na esteira propugnada por Montesquieu, o juiz se reservava à condição de “ser a boca da lei” (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 124). De tal modo que, “numa concepção mais radical, pode-se dizer, inclusive, que a escola da exegese não interpretava” (SANTOS, 2014, p.36).

A concepção de Kelsen é ilustrada por meio de uma moldura normativa, na qual se inserem as várias possibilidades, todas elas válidas, de aplicação da norma.

Nesta moldura estão os vários sentidos possíveis do texto legal, extraídos a partir de sua interpretação. Importa ressaltar, no entanto, que não há qualquer método que determine ao intérprete a escolha da opção mais correta dentre as existentes no interior da moldura para incidir no caso concreto, já que todas elas possuem o mesmo valor. Logo, considera-se legítima qualquer decisão, desde que incluída dentro dos limites de opções nela circunscritos, independentemente de seu conteúdo ser justo ou não, moral ou imoral (KELSEN, 2009, 390).

Por sua vez, Hart entende que a ação discricionária do intérprete seria um desdobramento inevitável da textura aberta da linguagem manifestada nos textos legais. Portanto, considerando os limites inerentes à linguagem, não é possível que o Direito se coloque sempre de forma clara e objetiva perante os seus destinatários. A sua imprecisão, por vezes necessária para a operacionalização do sistema diante dos contextos complexos apresentados pela sociedade, exige do intérprete que busque a clarificação da norma no bojo do próprio sistema (KOZICKI, 2014, p. 88-89).

Assim, as regras jurídicas, por vezes, não se apresentam com univocidade perante o aplicador, demandando deste, em razão de suas zonas de incertezas, uma atividade interpretativa que lhes determine o sentido a incidir nos casos concretos (MOLLER, 2011, p 85-86). E, da mesma forma que Kelsen, Hart não dispõe ao aplicador do direito de um critério de interpretação que o permita encontrar a solução mais correta dentre as possíveis contidas na textura aberta da norma (TAVARES, 2008, p. 139).

Porém, em razão da desvalorização dos princípios por parte dos positivistas, cuja função é a de integrar e dar coerência ao sistema jurídico, pois o Direito para eles se compõe basicamente de regras, os juízes estão autorizados, diante de uma ausência normativa ou de uma norma de textura aberta, a exercer uma discricionariedade “forte”, criando direito novo à revelia do legislador (SGARBI, 2009, p. 161).

Diante disso, é possível conjecturar que a definição do direito trazida pelas teorias positivistas possa ter contribuído com a implantação de regimes autoritários, como o nazista e o fascista, e justificado as suas atrocidades contra a figura humana durante a Segunda Guerra Mundial, na medida em que desprezam a necessidade de vinculação das normas jurídicas a critérios mínimos de legitimidade ou de justiça, seja

de forma categórica ou eventual. A simples imposição de poder seria suficiente para dotá-las de validade (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 42).

E, se não bastasse isso, até 1945, momento no âmbito internacional, existia a Liga das Nações que, apesar de esboçar alguma preocupação com os valores relativos ao ser humano, não foi capaz de sensibilizar os Estados a respeitá-la (GUERRA, 2008, p. 32). Aliás, convém ressaltar que à época a Comunidade Internacional sequer o reconhecia como sujeito de direitos, mas, tão somente, o ente estatal (BARROSO, 2007, p. 42).

Era um momento, portanto, que se reverenciava a soberania absoluta dos Estados, personificada na supremacia do Poder Legislativo (BARROSO, 2007, p. 6). A lei, sob a égide do positivismo jurídico ainda vigente, consubstanciava-se na fonte soberana e indiscutível do Direito, não conhecendo, na prática, quaisquer limites valorativos para a sua expressão (DA SILVA, 2006, p. 214), pois, dentre as suas teses, conforme acima referido, destacava-se a da separação entre a ordem jurídica e a moral⁹ (GORCZEVSKI, 2009, p. 93).

Portanto, “enquanto os parlamentos nacionais eram aceitos como ‘supremos’, nenhuma *lex superior* e, assim, nenhuma declaração de direitos com força vinculativa também para o legislador podia considerar-se necessária” (CAPPELLETTI, 1993, 65). Nessa perspectiva, a inexistência de freios ao exercício do poder estatal resultava na “convicção de que era o Estado, por si próprio, quem deveria definir qual o bem comum de seus súditos e traçar, sem peias, os meios para alcançá-lo” (WEIS, 2011, p. 79).

Por conta disso, e em consequência das barbáries cometidas contra a figura humana durante a Segunda Guerra Mundial, inicia-se um processo intenso e abrangente de reconhecimento da centralidade do ser humano nas ordens jurídicas, nacional e internacional. Nessa linha, os valores morais, identificados nos direitos do homem¹⁰, passam a ser incorporados como garantias inafastáveis e necessárias para

⁹ Sobre o tema ver a obra de DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006, p. 167-208.

¹⁰ Segundo Alexy (1999, 58 e 62), um direito somente se reveste da natureza de direito do homem se agregar cinco marcas. Devem ser universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos. Assim, em síntese, estes direitos devem ter como destinatários e titulares todos os homens, indiscriminadamente; ter à sua base uma norma de natureza moral, cuja validade se manifesta quando ela puder ser justificada perante todos aqueles que aceitam uma fundamentação racional; ao serem reconhecidos pelo Direito positivo, terão que ser tratados com prioridade em relação às demais normas jurídicas estabelecidas; devem tutelar interesses e valores que se revelem essenciais para a proteção

a sua proteção, desencadeando a construção de uma nova concepção de Direito e de Estado.

3. UMA NOVA CONCEPÇÃO DE DIREITO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No âmbito internacional, este processo culminou com a criação de um novo ramo do Direito Internacional Público: o Direito Internacional dos Direitos Humanos (GUERRA, 2008, p. 48). Sua norma matriz é a Declaração Universal de Direitos, de 1948¹¹, pois, embora possuindo natureza de recomendação¹², inspirou a construção de todo um sistema jurídico-institucional de proteção e promoção dos direitos humanos, independentemente de raça, cor, religião, nacionalidade, sexo, ou de quaisquer outros fatores (MEDEIROS, 2007, p. 26-27).

Ao mesmo tempo em que esse sistema de proteção ia se consolidando internacionalmente, ele impulsionava uma reestruturação substancial do modelo de Estado Nacional até então vigente, pois uma proteção plena dos direitos do homem exigia que a sua positivação, de forma vinculante, fosse feita em ambas as ordens jurídicas, tanto em sede internacional quanto nos domínios de cada Estado (ALEXY, 1999, p. 57). Para além de seu reconhecimento, os governos estatais deveriam construir um aparato jurídico-legislativo capaz de dar-lhes efetividade, tornando-os bens tangíveis a todos os cidadãos, mormente àqueles em situação de maior vulnerabilidade social e econômica.

Assim, os países que se reerguiam a partir daquele momento sobre os escombros da guerra, em especial, a Alemanha e Itália (...), decididos em evitar uma nova experiência, de proporções sem precedentes na história, de coisificação do

da dignidade dos homens, sobretudo no que tange a sua autonomia em relação ao poder público e aos seus pares; e, por fim, como direitos abstratos, eles são sujeitos a restrições e limitações por exigências circunstanciais do caso concreto diante de colisões, entre si, ou com algum bem público, como acontece, por exemplo, como o direito ao meio ambiente.

¹¹ Após reconhecer o consenso geral da comunidade sobre a sua validade, Bobbio (2004, p. 26) entende que “com essa declaração, um sistema de valores é – pela primeira vez na história – universal, não em princípio, mas *de fato*, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado”.

¹² Alexy (1999, p. 67) observa que: “Os direitos do homem tornam-se vinculativos jurídico-positivamente no plano internacional pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 19 de dezembro de 1966. Uma peça paralela a ela é o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do mesmo dia, que, naturalmente, está dotado com muito menor força de concretização. Ao lado deles e de outros pactos delineados internacionalmente colocam-se convenções regionais”.

homem, passam a reconhecer expressamente em suas Constituições a importância dos direitos humanos¹³ para a proteção da dignidade de seus cidadãos. Nessa linha, o princípio da dignidade, de mero valor retórico, eleva-se a fundamento central de justificação e sustentação de um novo modelo de Estado que se estruturava a partir de então, o Estado democrático de Direito.

Diante disso, e à luz dos novos objetivos deste Estado, o constitucionalismo, cujas raízes remontam o século XVIII, quando da instituição do Estado Liberal, com justificação na teoria positivista do Direito, é refundado sobre bases substancialmente renovadas (OTTO, 2012, p. 23). Assim, as Constituições, de simples documentos aconselhadores que eram, convertem-se em normas dotadas de força suprema e vinculante¹⁴ sobre todas as ações do Estado e dos próprios particulares.

E, os direitos fundamentais, por ostentarem uma posição central nesta nova conformação jurídico-constitucional, na medida em que se expressam como normas jurídicas de proteção e de promoção da dignidade da pessoa humana, passam a unificar, nos seus termos, o conteúdo do Direito Nacional (SOMBRA, 2011, p. 39). De tal modo que, as Constituições devem lhes revestir de uma força de concretização suprema. E, se assim não o fazem, ou deveriam ser interpretadas deste modo, ou, se impossível, alteradas (ALEXY, 1999, p. 63).

Em face disso, a lei, que até se revelava na fonte por excelência do direito, cede espaço para os direitos fundamentais consagrados, de forma vinculante, na Constituição. Assim, esses direitos passam a se constituírem num centro comum de efeitos perante todo o sistema jurídico do Estado, na medida em que a lei, o ato

¹³ Adotar-se-á aqui a concepção positivista de distinção entre as expressões direitos humanos e direitos fundamentais. Nesta perspectiva, segundo Sarlet (2015, p. 29), “o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”.

¹⁴ Ao se positivar os direitos do homem numa Constituição, transformando-os em direitos fundamentais, quatro extremos devem os caracterizar para que o sejam completamente formados: o escalão hierárquico supremo; a força de concretização suprema; os objetos sumamente importantes regulados por eles e a medida máxima de necessidade de interpretação. A partir daí, estes direitos constituirão o elemento central que vinculará a ordem jurídica, tanto na elaboração quanto na interpretação das leis, e todos os poderes do Estado, inclusive o legislativo, outorgando-se ao poder judiciário, em especial, ao Tribunal Constitucional respectivo, a tarefa de interpretá-los em última instância para assegurar o seu efetivo cumprimento (ALEXY, 1999, p. 62-63).

administrativo, as decisões judiciais e os próprios atos dos particulares¹⁵ devam ser concebidos, interpretados e aplicados em conformidade com os valores axiológicos veiculados pelos direitos fundamentais reconhecidos no texto constitucional (NOVAIS, 2003, p. 57-58).

Nesses termos:

O espaço jurídico passa a ser ocupado por uma Constituição intensamente invasora, que impregna e condiciona a legislação, a jurisprudência, os operadores do direito em geral e também os mais diversos atores políticos. O Constitucionalismo contemporâneo passa a transformar os valores e as opções políticas em normas jurídicas, num grau de hierarquia e centralidade diferenciado em relação às demais normas do sistema e que, portanto, as condiciona (ROSSI, 2012, p. 150).

Em face do conteúdo normativo e aberto das normas constitucionais, observa-se que o Direito “estimulou uma nova postura dos juízes: dar aplicabilidade à Constituição, extrair dela todas as suas dimensões, levá-la aos seus limites e exigir dos legisladores uma compatibilidade máxima com as normas constitucionais” COSTA (2013, p. 35). Nesses termos, o Tribunal Constitucional, de mero “legislador negativo”, tal como apregoado pelo seu fundador quando da elaboração do controle concentrado de constitucionalidade, assume, diante dos novos objetivos traçados pelo Estado Democrático, uma postura construtiva e criativa do Direito¹⁶, calcada na necessidade de se realizar concretamente os valores da sociedade postos na Constituição através das normas de direitos fundamentais (LEAL, 2012).

Desse modo, assentando-se nessa racionalidade diferenciada, consentânea com os fundamentos e objetivos do Estado contemporâneo, não faz mais sentido, assim como defendem Kelsen e Hart, continuar cindindo a identificação do Direito de sua justificação constitucional (CRUZ e DUARTE, 2013, p. 100). Não se pode mais negar a existência de uma relação de complementaridade necessária entre Direito e

¹⁵ Esse fenômeno traduz-se no reconhecimento dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores. Nessa perspectiva, duas implicações decorrem dos direitos fundamentais para a ordem jurídica do Estado: a sua eficácia irradiante e os deveres de proteção por parte do poder público. Como uma ordem objetiva de valores, esses direitos passam a irradiar seus efeitos perante todo o Direito e a condicionar, nos seus termos, as ações do poder público – dos poderes executivo, legislativo e judiciário-, e dos particulares. Nessas condições, eles impõem ao Estado o dever de protegê-los, inclusive preventivamente, contra atos agressivos advindos, tanto dos agentes públicos, quanto dos particulares ou dos Estados estrangeiros (SARLET, 2015, p. 153-154).

¹⁶ Pois, COSTA (2013, p. 27) anota que “[...] os nossos ordenamentos jurídicos são cada vez mais repletos de normas principiológicas, pautas abertas, promessas políticas genéricas e uma série de estruturas normativas altamente abstratas, que somente podem ser aplicadas a casos concretos mediante uma atividade hermenêutica concretizadora altamente criativa. A estrutura do Direito contemporâneo, bem como a sua amplitude, exige dos juízes uma postura muito mais ativa do que se exigia de um magistrado no século XVIII e XIX”.

moral. Não de identidade, mas de uma complementação recíproca entre esses campos do saber, de modo a exigir que a produção legislativa, assim como a aplicação da norma jurídica aos casos concretos, não prescindam de uma avaliação corretiva de seu conteúdo à luz dos valores consagrados nas normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 144).

Nesse sentido, diferentemente daqueles autores, o operador do direito, ao interpretar uma norma, não está autorizado a escolher qualquer das opções disponíveis pelo texto legal. O intérprete deverá, dentre as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, escolher a opção que mais concretize, tendo como referência o princípio da dignidade da pessoa humana e uma pretensão (moral) de correção, os direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p. 92-97).

Nesse sentido, os direitos fundamentais, ao se constituírem nos princípios de retidão moral que darão integridade e coerência ao Direito no Estado Democrático, deverão pautar os atos do legislador e do aplicador das normas, sempre lhes orientando à tomada da melhor decisão à concretização de uma pretensão de justiça e de equidade (SGARBI, 2009, p. 189). Observa-se, portanto, que o sistema de moral de uma sociedade, ao ser incorporado pelas normas constitucionais de direitos fundamentais, passa necessariamente a fazer parte e a condicionar a ordem jurídica estatal.

De modo que, “quando o sistema jurídico coloca como ponto de partida princípios, valores ou direitos, não está perdendo a sua positividade” (SAAVEDRA, 2006, p. 79). Portanto, o intérprete esteja autorizado a decidir a partir de conteúdos morais variados e indeterminados. Ele estará condicionado e vinculado a tomar a sua decisão, fundamentando-a de forma coerente, com base nos valores morais eleitos pela sociedade como fundamentais naquele momento histórico e que estejam positivados na Constituição. Logo, não é qualquer moral que irá justificar a correção de sua decisão, mas uma moral consagrada democraticamente na Carta constitucional.

Refuta-se, assim, eventual alegação de que essa nova concepção do Direito, que aproxima o sistema jurídico da moral, estaria justificando a aplicação da teoria

jusnaturalista¹⁷. Ora, o direito positivo não está subordinado a nenhuma ordem superior de moral que seja estranha àquela representada pelo conjunto de valores reconhecidos na Constituição como instrumentos de proteção e de promoção do ser humano. Os princípios constitucionais desta envergadura revelam-se nas normas jurídicas por excelência que fundamentam integralmente as ações do legislador, do administrador, do magistrado e dos particulares em suas relações sociais.

Da mesma forma, rechaça-se a aplicação da tese do realismo jurídico¹⁸, pois as normas legais, produzidas de acordo com a Constituição, não podem ser ignoradas pelo intérprete no momento de sua decisão. Nesses termos, o direito não passa a depender unicamente da vontade do seu aplicador, porquanto a norma geral e abstrata preexiste e o limita em sua ação.

Neste ponto, importante trazer à colação a tese da conexão entre direito e moral desenvolvida por Dimoulis (2006), como tentativa de reconstrução ou de superação do positivismo jurídico. Sua teoria se desdobra em duas correntes de pensamento: os moralistas moderados, que defendem a influência da moral no direito, tanto como critério de validade quanto de interpretação, mantendo-se, porém, a sua autonomia; e, os moralistas radicais, que pregam à necessária e contínua união conceitual entre os referidos campos.

Independentemente do entendimento de como essa conexão deva se estabelecer, se de forma complementar ou conceitual, o fato é que não se pode mais negar a existência necessária dessa conexão no contexto atual. Os valores morais passaram definitivamente a fazer parte do direito positivo do Estado, manifestando-se através de princípios constitucionais, como o da democracia, o da dignidade da pessoa humana e de todos os outros consagradores de direitos fundamentais.

Nesses termos, diversamente do que preconizam as teorias positivistas de Kelsen e Hart, que identificam o Direito a partir de suas fontes, reduzindo-se o seu objeto a uma mera avaliação objetiva e formal, a consolidação do Estado

¹⁷ Segundo SANTOS (2014 p. 23), “O jusnaturalismo ou direito natural consiste em uma corrente doutrinária do direito que acredita que há direitos universalmente válidos, imutáveis, que são inatos e independem da vontade humana, que existem em razão de algo superior, como a natureza, a razão humana ou alguma divindade (Deus), e que objetivam assegurar a justiça”.

¹⁸ Para DIMOULIS (2006 p.149), O Realismo Jurídico “considera decisivo para a definição do direito o processo de aplicação de normas, o denominado direito em ação (*law in action*) ou direito presente (*actual law*), em contraposição às normas abstratas que não passam de um direito no papel (*Law in the books*)”.

Democrático de Direito, fortemente influenciado pelo Sistema Internacional dos Direitos Humanos, demandou, à luz de seus fundamentos e objetivos, a construção de uma nova concepção de direito que tem no seu conteúdo a sua base de fundamentação.

4. CONCLUSÃO

Diante de uma nova concepção de Estado e de Direito construída em reação as práticas de “coisificação” do ser humano perpetradas no curso da Segunda Guerra Mundial, a teoria do direito até então vigente de forma incontestável, o positivismo jurídico, passou a sofrer questionamentos, pois não mais justificava os sistemas jurídicos constitucionais dos Estados democráticos estabelecidos a partir da década de 1950. Nesse período, iniciava-se um processo de positivação de valores morais no bojo de uma Constituição dotada de força normativa.

Todos os atos emanados pelos poderes constituídos deveriam respeitar esse conteúdo axiológico consagrado nos princípios constitucionais, como o da democracia, o da dignidade da pessoa humana e todos os direitos fundamentais. Nesses termos, o positivismo jurídico, fundamentado na tese da separação, necessária ou eventual, entre Direito e moral, acaba cedendo espaço para teorias que buscaram justificar e harmonizar o Direito ao seu contexto político e social, a partir de uma perspectiva de que a moral deveria começar a fazer parte do Direito.

Nesses termos, as teses positivistas, tal qual elaboradas por Kelsen e Hart, não mais justificam a teoria do direito, pois esta pressupõe, considerando a centralidade dos direitos fundamentais na ordem jurídica atual, uma conexão, não eventual, mas necessária entre o Direito e a Moral, exigindo, portanto, a reconstrução dessa teoria à luz dessa nova realidade, na medida em que a moral que se conecta, não advém de qualquer moral, mas daquela positivada no texto constitucional. Nessa perspectiva, portanto, poder-se-ia argumentar pela existência de uma teoria positivista do Direito Constitucional.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do direito**. MENDES, Gercélia Batista de Oliveira (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ARCELO, Adalberto Antônio Batista. **Condições de possibilidade do discurso do positivismo jurídico no paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do Positivismo Jurídico?* DIMOULIS, Dimitri, DUARTE, Écio Oto (Coord.). São Paulo: Método, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio 2007.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1993. Título original: Giudici Legislatori.

CARBONARI, Paulo César. **Direitos humanos no Brasil: uma leitura da situação em perspectiva**. Texto publicado no livro intitulado: Direitos humanos no Brasil 2: diagnóstico e perspectiva. RECH, Daniel (Coord.). Rio de Janeiro: Ceris, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **O Positivismo Jurídico diante da principiologia**. In: *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do Positivismo Jurídico?* DIMOULIS, Dimitri, DUARTE, Écio Oto (Coord.). São Paulo: Método, 2008.

ERICHSEN, Hans-Uwe. **A eficácia dos Direitos Fundamentais na Lei Fundamental Alemã no Direito Privado**. In: GRUNDMANN, Stefan et al. (Org.). *Direito privado, constituição e fronteiras*. Encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos na Ordem Jurídica Internacional e Reflexos na Ordem Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. MACHADO, João Baptista (Trad.). 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOZICKI, Katya. **Herbert Hart e o positivismo jurídico: Textura aberta do Direito e discricionariedade judicial**. Curitiba: Juru

MATOS, Andityas Sares de Moura Costa. **Positivismo jurídico e autoritarismo político: A falácia da *reductio ad Hitlerum***. In: *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do Positivismo Jurídico?* DIMOULIS, Dimitri, DUARTE, Écio Oto (Coord.). São Paulo: Método, 2008.

- MEDEIROS, Ana Letícia Baruana. Duarte. **Direito Internacional dos Direitos Humanos na América Latina. Uma Reflexão Filosófica da Negação da Alteridade.** 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2007.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo. A Invasão da Constituição.** São Paulo: Método, 2008. (Coleção Professor Gilmar Mendes; v. 7).
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **O momento do Positivismo.** In: *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do Positivismo Jurídico?* DIMOULIS, Dimitri, DUARTE, Écio Oto (Coord.). São Paulo: Método, 2008.
- OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo a Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição.** 3. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.
- ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico?** Curitiba: Juruá, 2012.
- SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **O Pós-positivismo jurídico e a normatividade dos princípios.** Belo Horizonte: D' Plácido, 2014.
- SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- TAVARES, Rodrigo. **Neopositivismos: novas ideias sobre uma antiga tese.** In: *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do Positivismo Jurídico?* DIMOULIS, Dimitri, DUARTE, Écio Oto (Coord.). São Paulo: Método, 2008.
- WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.