

Lição 5

DIREITO E JUSTIÇA

SUMÁRIO: 1. A justiça no mundo jurídico. 2. O Estado de direito. Justiça ou formalidade?. 2.1 Estado de polícia, Estado legal e Estado constitucional. 2.2 Requisitos do Estado de direito. 3. O direito natural como garantia da justiça?. 3.1. Definição e fontes do direito natural. 3.2. Relações entre direito natural e direito positivo. 3.3. Críticas ao direito natural. 4. Conclusão. Para aprofundar o conhecimento.

Nesta Lição abordaremos três problemas da filosofia do direito que dominam as discussões teóricas e práticas sobre a legitimação e a reforma do ordenamento jurídico. Trata-se da relação entre a justiça e o direito positivo, do conceito do Estado de direito e da presença do direito natural no mundo jurídico. Aqui apresentaremos as principais correntes teóricas.

1. A justiça no mundo jurídico

A Constituição do Estado do Amazonas foi promulgada em 1989 “sob a égide da justiça”, conforme anuncia seu Preâmbulo. E a Constituição venezuelana de 1999 indica como finalidade “estabelecer uma sociedade democrática (...) em um Estado de justiça” (Preâmbulo), e seu art. 2.º refere-se à construção de um “Estado democrático e social de Direito e de justiça”.

Sabemos que o termo “direito” vincula-se etimologicamente com o reto (“direito”), o correto, o adequado (do latim: *directum*). Em paralelo, o termo “justiça” (do latim: *justitia*) se relaciona diretamente com o direito (em latim: *jus*). A vinculação entre o direito (*ius*) e a justiça se encontra em vários termos utilizados em português: jurídico, juiz, jurista, jurisdição...

Na doutrina, a vinculação da justiça com o direito tem uma longa tradição. Um dos mais conhecidos pensadores da Igreja Católica, Santo Agostinho (354-430 d.C.), indagava em sua obra *De civitate Dei*, terminada no ano de 426, qual o elemento que distingue um Reino de um bando de criminosos.

A pergunta é pertinente, já que qualquer “máfia” tem regras de disciplina, possui estrutura hierárquica, aplica sanções contra os membros que cometem faltas e consegue impor sua vontade mediante a ameaça ou o exercício de violência física. Resumidamente, exerce poder e aplica regras vinculantes. Nada muito diferente daquilo que faz o Estado! O Estado seria então um poderosíssimo

bando de delinquentes? Ou há elementos que distinguem as “máfias” dos Estados juridicamente organizados?

Santo Agostinho afirmou que o traço peculiar dos Reinos é a busca e realização da justiça: sem justiça o poder estatal torna-se um bando de criminosos!¹ Esta resposta foi adotada pelos juristas na Idade Média, que repetiam o brocardo: *justitia fundamentum regnorum* (a justiça é o fundamento dos reinos) e continua presente em obras apologéticas (Lição 1, 4.1): a justiça “dá sentido e significação a todo o direito positivo”, afirmava Franco Montoro (1916-1999).² Um professor suíço escreveu mais recentemente: “O operador jurídico deve cumprir uma tarefa pública: direcionar o direito à justiça” (MASONARDI, 2001, p. 293).

Além disso, os legisladores, a maioria dos operadores do direito e parte da população acreditam que a criação e a aplicação do direito consistem na busca, na descoberta e na imposição da justiça. Um adesivo colado nos vidros de automóveis diz: “Sem advogado não se faz justiça”. Aqui a aplicação do direito torna-se sinônimo de decisão justa. Da mesma forma, lemos em uma decisão do Superior Tribunal de Justiça: “O Direito é indissociável do justo. Toda decisão precisa atender a justiça”.³

Segundo essa abordagem, o bando de criminosos só cuida dos interesses do grupo, enquanto o Estado se preocupa com a segurança e o bem-estar de todos. Mas será que isso ocorre na prática? Sabemos que há inúmeras reclamações sobre as injustiças toleradas ou mesmo causadas pelo direito estatal. Quantas leis não são criticadas como injustas? Quantas pessoas reclamam da falta de acesso ao Judiciário ou de processos injustamente perdidos? Como explicar o fato de que a polícia mata no Brasil milhares de cidadãos por ano e que o direito vigente permite que se viva em um dos países mais desiguais do mundo? Se o direito guia-se pelo ideal da justiça, como explicar que o sistema jurídico não combate as gritantes situações de exclusão e opressão?

Afirma-se que “ao juiz, especialmente, não cabe aplicar a lei, mas fazer justiça” (COELHO, 2004, p. 388). Temos aqui uma expressão do conflito entre o direito e a justiça. Mas antes de perguntar se está correto pedir que a juíza não

1. “A única diferença entre os bandos de criminosos e os reinos é a justiça. O que seriam os reinos sem justiça senão grandes bandos de criminosos? E o que seriam os bandos de criminosos senão pequenos reinos?” (*De civitate Dei*, 4, 4. Texto original em: [<http://www.augustinus.it/latino/cdd/index2.htm>]).
2. MONTORO, 1999, p. 282. Cf. ROUBIER, 1951, p. 202-226; BODENHEIMER, 1994, p. 54; ATIENZA, 1985, p. 102-108; PAWLOWSKI, 1999, p. 271; REALE, 2000, p. 67; CHORÃO, 2000, p. 55; JUSTO, 2003, p. 36.
3. Recurso Especial 36.279, relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 5-4-1999.

aplique a lei, devemos saber como se define a justiça. O termo está presente no nosso cotidiano, desde a criança que considera que o castigo dos pais foi “injusto” até o contribuinte indignado com impostos “injustos”. Mas as pessoas não concordam sobre seu conteúdo. Os estudiosos indicam que há mais de dez modos de definição da justiça,⁴ e um filósofo analisou o problema da justiça a partir de oito perspectivas totalmente diferentes.⁵

Diante dessas dificuldades alguns autores consideram impossível especificar o conteúdo da justiça e limitam-se ao uso de uma retórica vazia: a justiça seria a “forma jurídica do amor” (MASTRONARDI, 2001, p. 270), um “valor” sem definição do seu conteúdo (COELHO, 2004, p. 389-397).

Uma outra proposta é definir a justiça como a determinação dos direitos e deveres que devem reger as relações entre os membros de uma comunidade (KOLLER, 1997, p. 295). Mas a determinação desses direitos e deveres pressupõe a existência de critérios de justiça, que devem, por sua vez, decorrer de valores aceitos como “justos”. Como encontrá-los?

Podemos distinguir três correntes de pensamento:

- Os partidários da *justiça absoluta* (ou justiça material) vislumbram alguns valores fundamentais que indicam o justo. Estes valores vigoram em todo tempo e em toda sociedade; coincidem com os mandamentos do direito natural e devem nortear a vida social (FUCHS, 1955, p. 15, 97-103).

- Os partidários do *historicismo* consideram que, apesar da contínua mudança das mentalidades e dos valores sociais no decorrer do tempo, a maioria dos membros de cada sociedade aceita certos valores que devem servir como critério para a determinação das condutas justas (KRIELE, 1963).

- Os partidários do *relativismo* insistem na impossibilidade de identificar os valores “justos”. Por isso, recusam-se a formular uma definição objetiva do conceito. Cada pessoa possui seu senso de justiça, sendo impossível avaliar qual destes é o melhor ou o “certo” (KELSEN, 2001).

4. TAMMELO, 1977, p. 36-49. Há cinco regras de distribuição justa (VLASTOS, 1984, p. 44):

- a cada um segundo sua necessidade;
- a cada um segundo seu valor;
- a cada um segundo seu mérito;
- a cada um segundo seu trabalho;
- a cada um segundo os acordos que fez.

5. CAMPBELL, 2001. Com base em obras contemporâneas, o autor define a justiça a partir da perspectiva da propriedade privada, dos direitos das minorias, do bem-estar, da eficiência, da justa remuneração, da justiça social, da capacitação dos mais fracos e da democracia.

Com a exceção da teoria da justiça absoluta, que não encontra partidários na atualidade, as demais correntes concordam que os valores da justiça dependem de três fatores: dos fatores tempo e espaço, já que as ideias sobre o justo modificam-se dependendo do período histórico e do país, e também do fator social, já que a representação do justo pode divergir segundo o grupo social.

Essa constatação indica o *paradoxo* da justiça. O conceito apresenta-se como absoluto, impondo-se a todos e inclusive ao legislador (“Faça o justo; evite o injusto.”). Mas, ao mesmo tempo, revela-se como um conceito relativo, que depende do tempo, do espaço e da opinião das pessoas, sofrendo contínuas mudanças!

Adotando a visão relativista, a justiça perde sua relevância prática. Dizer que o direito deve ser justo torna-se uma frase sem conteúdo normativo quando o “justo” modifica-se constantemente. A visão relativista faz tão somente um uso intrassistemático do conceito de justiça. Isso significa que uma conduta, uma norma jurídica, uma decisão ou uma instituição são “justas” quando correspondem a determinado tipo de organização social. Em uma palavra, é justo aquilo que corresponde aos valores de cada sistema. Aqui a justiça indica o *ajuste*, torna-se uma “justiça conforme o sistema” (*Systemgerechtigkeit*).⁶

Exemplo: se uma sociedade admite a escravidão por motivos econômicos, então as leis que autorizam a escravidão são justas, na medida em que se ajustam às opiniões e interesses predominantes nessa sociedade. Se a evolução social e econômica levar à criação de um forte movimento abolicionista, até o ponto de a grande maioria rejeitar a escravidão, então as normas jurídicas que mantêm o sistema escravocrata tornam-se injustas, porque não estão mais em consonância com a situação social.

Esse conceito de justiça carece de interesse. Se algo pode ser considerado justo e injusto dependendo do momento histórico e das características de um sistema social, a justiça torna-se *vazia*, revelando que é impossível definir ou avaliar o direito por meio da justiça. A justiça só serve para avaliar se determinada decisão ou conduta se ajusta ao próprio sistema jurídico que, por sua vez, deve ajustar-se à situação social.

Coloca-se aqui o problema da definição objetiva da justiça. Se perguntarmos os legisladores e a maioria dos aplicadores do direito, assim como os juristas apologetas, todos dirão que as leis são “justas” e a justiça constitui finalidade dos processos legais e do sistema jurídico em geral. Mas essas afirmações são vazias enquanto não há critérios objetivos para comprovar o caráter justo de uma decisão. Sem critérios objetivos, a afirmação sobre o justo tem tão pouco valor como a afirmação do torcedor de que o time de sua predileção “é o melhor”.

6. DIMOULIS, 1996, p. 384-389. Para uma defesa da visão intrassistemática da justiça cf. LUHMANN, 1997, p. 214-238, e 1999, p. 388-410.

Devemos, então, definir a justiça de forma absoluta-objetiva ou abandonar o conceito. Encontramos um ponto de partida em Ulpiano: “Justiça é a constante e perpétua vontade de atribuir a cada um aquilo que lhe pertence”.⁷ Mas esta definição faz depender o justo de um critério de distribuição: “dar a cada um o seu”. Por isso, tal definição não resolve o problema: como saber o que pertence a cada um? Como decidir o que *deve* pertencer a cada um?

O critério mais indicado parece ser o princípio da igualdade. Como dizia Aristóteles (Lição 1, 2.2), faz parte da essência do direito tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, de acordo com o grau e a intensidade de suas diferenças. Exemplo: duas pessoas que executam o mesmo trabalho com os mesmos resultados devem receber o mesmo pagamento; se o primeiro trabalhou oito horas e o segundo só quatro, o primeiro deve receber o dobro da remuneração do segundo.

Mas o critério da igualdade tampouco resolve o problema. A igualdade impõe tratar os iguais de forma igual. Mas não mostra qual é o melhor critério para definir quem é igual com quem. Por essa razão a igualdade é um conceito *vazio* (WESTEN, 1982). Graças ao princípio da igualdade sabemos que duas pessoas devem ser tratadas da mesma forma *se forem iguais*. Mas como saber se são realmente iguais, já que os seres humanos sempre apresentam pontos em comum e diferenças e na vida real não existem “clones”.

Em nosso exemplo, dissemos que os dois trabalhadores que executam o mesmo trabalho devem receber o mesmo salário. Mas não existe só o critério do trabalho executado. Um dos trabalhadores pode ter mais anos de serviço, uma família maior ou sofrer uma enfermidade que lhe cause despesas adicionais. Não seria justo pagar-lhe um salário maior, mesmo se executa o mesmo serviço que o outro? O que deve prevalecer na comparação? O critério da necessidade de cada um ou o critério de sua contribuição efetiva? Como medir a contribuição efetiva? Segundo o resultado ou segundo as horas de trabalho?⁸

O problema complica-se ainda mais quando se deve decidir sobre o tratamento de pessoas que são socialmente desiguais. Seria conforme aos requisitos da justiça tratar os socialmente desiguais de forma que possa compensar a desvantagem dos mais fracos? E como responder à crítica que isso viola o princípio da igualdade porque discrimina pessoas que dão uma maior contribuição?

7. “Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.” Digesto de Justiniano, 1/1/10, preâmbulo. [thelatinlibrary.com/justinian/digest1.shtml]. Essa definição já se encontrava nos textos de Platão e continua sendo adotada por pensadores modernos (VLASTOS, 1984, p. 60).

8. ALEXY, 1996, p. 357-393; DIMOULIS, 1996, p. 266-271.

Encontramos aqui a “ação afirmativa” a favor de minorias sociais, que gera debates em muitos países (GOMES, 2001).

A ação afirmativa impõe dar preferência aos grupos socialmente desfavorecidos, oferecer, por exemplo, vagas de trabalho ou bolsas de estudos às mulheres, a pessoas de pele negra ou com deficiência física ou mental, mesmo que os concorrentes possuam as mesmas ou até melhores qualificações, considerando que isso ameniza a desigualdade social e contribui para a erradicação do preconceito e da discriminação.

O direito brasileiro impõe as ações afirmativas a favor:

- dos portadores de deficiência (art. 37, VIII, da Constituição Federal e art. 2.º, III, da Lei 7.853 de 1989);

- das mulheres (conforme o art. 10, § 3.º, da Lei 9.504 de 1997, 30% dos candidatos às eleições devem ser de sexo feminino);

- dos afrodescendentes e dos indígenas brasileiros (Leis 10.558 de 2002 e 12.711 de 2012).

Além disso, o Estatuto da igualdade racial (Lei 12.288 de 2010) inclui importantes recomendações de ação afirmativa para afrodescendentes, com ênfase nas mulheres negras que sofrem de *discriminação cruzada* (cor e gênero).

Alguns argumentam que a intenção é “justa”, mas como responder à queixa de um homem que se preparou, por exemplo, para um concurso, obteve a mesma nota de uma concorrente do sexo feminino e perdeu a vaga com a única justificativa de que deve ser dada preferência ao sexo feminino?⁹ Outros dirão que a lei quer mudar uma estrutura social que estatisticamente privilegia os homens, logo, a pessoa que reclama por ter perdido era a que sempre se beneficiou “injustamente” pelo fato de ser homem.

Justo? Injusto? São discussões sem fim que mostram a impossibilidade de determinar de forma consensual o que é igual, logo, justo. Diante do impasse da definição de critérios de justiça absolutos e da inutilidade da elaboração de critérios de justiça intrassistemáticos, ou seja, meramente orientados ao direito positivo, a maioria dos autores modernos optou por um terceiro caminho. Em vez de elaborar critérios que garantiriam uma decisão justa (realizando a denominada *justiça finalista* ou justiça dos resultados), muitos autores só definem

9. Jurisprudência: acórdãos *Kalanke*, *Marschall* e *Badeck* do Tribunal de Justiça da União Europeia (Iryaso, 2003); decisões da Suprema Corte dos EUA *Bakke*, *Grutter*, *Gratz* (*Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 13, 2010, p. 75-311); STF, Ação direta de inconstitucionalidade 3.330, *DJe* 55, 22.03.2013; Arguição de descumprimento de preceito fundamental 186, *DJe* 205, 20.10.2014; Ação declaratória de constitucionalidade 41, *DJe* 180, 17.08.2017.

critérios que permitam deliberar corretamente sobre um problema, sem que isso garanta que o resultado seja justo.

Foram, assim, elaboradas as teorias da *justiça procedimental*. Seu objetivo é encontrar os procedimentos mais adequados para chegar a uma conclusão justa. O maior obstáculo para tanto é a falta de neutralidade dos debatedores, ou seja, a existência de interesses e posições ideológicas diferentes. Por exemplo, em um debate político sobre a distribuição justa da terra é evidente que um fazendeiro terá uma posição diferente daquela de um trabalhador rural sem-terra, devido à posição social de cada um.

Para resolver o problema foram analisadas as condições que permitem deliberar de forma neutra. Segundo o filósofo político John Rawls (1929-2002), as pessoas podem discutir sobre a organização da sociedade de forma imparcial se não souberem qual será a futura posição social de cada um. Se todos forem cobertos por um “véu de ignorância” sobre sua posição social, serão inclinados a propor regras de organização social que, por um lado, ofereçam oportunidades de ascensão conforme o mérito de cada um e, por outro lado, excluam o risco de fortes desigualdades. Em outras palavras, a organização social é justa quando as desigualdades decorrem do exercício da liberdade de cada um e, ao mesmo tempo, permitem melhorar a posição dos mais desfavorecidos (RAWLS, 1999).

A abordagem procedimental é mais satisfatória, mas apresenta dois problemas. Em primeiro lugar, seus princípios são extremamente abstratos e pouco ajudam na solução de problemas concretos; em segundo lugar, esses princípios não exprimem verdades gerais nem são neutros, mas reproduzem a ideologia dos regimes capitalistas.

Supondo que seja possível definir os critérios de justiça de forma objetiva (“justo é X”), o problema jurídico é saber o que deve acontecer quando uma norma do direito positivo é contrária a mandamentos de justiça. Em outras palavras, não é suficiente definir o que é justo. Devemos também estabelecer a relevância *jurídica* do discurso sobre a justiça.

Exemplo: se chegarmos à conclusão de que a penalização do consumo de drogas é injustificada, porque causa problemas sociais maiores dos que os pretende resolver (cf. Lição 3, 2.1), como deve reagir o operador do direito? Os autores jusnaturalistas e moralistas consideram – com ressalvas – que as normas em vigor que contrariam exigências da justiça não possuem validade (Lição 5, 3). Para aceitar essa visão devemos pressupor que a opinião dos doutrinadores sobre o justo pode ser mais correta que a opinião do legislador, apesar deste último ter recebido, pela Constituição, o poder de criar normas e ser legitimado pelo voto popular.

Essa posição não convence em um ordenamento jurídico estruturado segundo rigorosas normas de competência normativa (Lição 6, 3.2.8). A

Administração pública e os juízes receberam da Constituição a tarefa de executar as leis em vigor e não podem, alegando supostas exigências da justiça, deixar de aplicar certas normas ou tentar mudá-las, segundo seus entendimentos pessoais, mesmo quando estes forem respaldados por elaborações teóricas sobre a justiça. Caso contrário, a Constituição teria confiado o poder legislativo a reconhecidos filósofos e juristas e não aos políticos escolhidos pelo povo!

Disso resulta que as referências à justiça não apresentam particular utilidade. Quando são usadas de forma apologética, para exaltar o caráter justo do direito positivo, objetivam simplesmente legitimar aquilo que já é juridicamente válido. Em outras palavras, os juristas, os filósofos e os políticos que sustentam que o direito positivo é justo realizam simplesmente uma defesa *pro domo* (em favor da própria casa). Instrumentalizam a justiça, colocando-a a serviço do direito positivo (cf. Lição 1, 4.1).

A referência ao justo pode também ser feita para criticar o direito positivo. Mas para que uma norma jurídica mude não são suficientes as elaborações teóricas que invocam o ideal da justiça. Para impor uma transformação do ordenamento jurídico é necessário que a população se mobilize e pressione os detentores do poder. Com efeito, a experiência histórica indica que o direito positivo nunca mudou simplesmente porque alguém o considerou injusto. Ao contrário, muitas vezes ocorreram mudanças radicais, apesar de a maioria da população considerá-las injustas – como ilustra o caso das ditaduras.

Por essas razões, podemos concluir que a vinculação do direito à justiça constitui uma opção ideológica que objetiva fortalecer ou enfraquecer a legitimidade do direito positivo, avaliando-o em termos de justiça, que, por ser um conceito emocionalmente forte, pode mobilizar a opinião pública a favor ou contra determinados regulamentos.

O empresário que afirma que o direito prejudica seus interesses, porque o obriga a pagar uma quantia excessiva de impostos, não consegue chamar a atenção da opinião pública, da mesma forma que um professor de direito tributário, que escreve um artigo de jornal, afirmando que a distribuição da carga tributária no país é “injusta” e invoca algumas das mais conhecidas teorias da justiça. Mas, na realidade, ambos sustentam um ponto de vista determinado por interesses econômicos. A “injustiça” é um termo maleável que oferece uma roupagem erudita a preferências pessoais.

Essa visão crítica não ignora que os seres humanos desejam a justiça e, muitas vezes, sentem-se injustiçados. A justiça é um valioso ideal, pelo qual as pessoas lutam e até estão dispostas a morrer. Mas a justiça é só isso: um ideal abstrato, fluido e mutável. A justiça não possui textos que o definam nem há autoridades que possam falar em nome da justiça (MOOR, 2005, p. 262-263). A justiça é de todos e de ninguém. É um ideal que nunca será atingido pelo direito

positivo. Sobre isso pode ser lido um difícil e belo texto de Jacques Derrida (2007) que retoma teses de Kelsen (2001) sobre a justiça como um “sonho” da humanidade.

Isso significa que os operadores e estudiosos devem analisar o direito na sua realidade, tentando entender suas funções sociais: “O direito como ele é, é expressão dos mais fortes não dos mais justos” (BOBBIO, 1991, p. 67).

2. O Estado de direito. Justiça ou formalidade?

Um conceito que permite examinar as relações entre direito e justiça é o de Estado de direito. Examinaremos aqui seus significados.

2.1. Estado de polícia, Estado legal e Estado constitucional

Hobbes sustentava que o Estado cria as leis para ordenar e pacificar a sociedade, mas que o próprio Estado não está submetido a nenhuma norma. Por ser soberano, exercendo um poder ilimitado e independente de qualquer outro, o Estado pode reformar a qualquer momento as leis em vigor, segundo sua conveniência (HOBBS, parte II, cap. 26, 2000, p. 194). Conforme essa visão, o direito criado pelo Estado garante a segurança dos particulares perante ameaças oriundas de outras pessoas, mas não protege os direitos do indivíduo contra o próprio poder estatal.

Exemplo: na concepção hobbesiana, a legislação penal e civil protege a nossa propriedade contra agressões dos demais, já que o Estado nos socorrerá em caso de agressão. Se, porém, o Estado decidir confiscar nossos bens, porque precisa de recursos ou porque os governantes querem vingar-se de um opositor político, o direito não oferece nenhuma proteção.

Para que esta limitação seja superada, o Estado deve ser não só criador, mas também servidor da lei. Isso significa que não devem governar os homens; devem governar as leis! A *government of laws and not of men*, proclama o art. 30 da Constituição de Massachusetts de 1780.¹⁰ O Estado submetido ao próprio direito foi denominado *Rechtsstaat* (Estado de direito), segundo o termo cunhado na Alemanha a finais do séc. XVIII. O termo indica a oposição entre o Estado submetido ao direito positivo, no intuito de garantir aos indivíduos seus direitos e o Estado autoritário e opressor, que atua de forma arbitrária, sendo um “Estado de polícia” (*Polizeistaat*) ou “Estado autoritário” (*Machtstaat*), (BERCOVICI, 2016).

10. Fonte: http://presspubs.uchicago.edu/founders/documents/bill_of_rightss6.html. A redação é atribuída ao advogado e político John Adams (1735-1826), que tinha usado a expressão em texto de 1774, invocando semelhante frase do pensador inglês James Harrington: <http://www.bartleby.com/73/991.html>.

Em paralelo, surgiu na Inglaterra, nas últimas décadas do século XIX, o termo *rule of law* (literalmente: dominação da lei ou império do direito) para designar o tipo de organização política e jurídica daquele país, segundo os princípios da igualdade de todos perante a lei, do respeito dos direitos individuais por parte do Estado e da submissão do executivo às normas jurídicas criadas pelo Parlamento e pelo Poder Judiciário.

Constatamos uma dualidade. Se escrevermos estado de direito com minúscula fazemos uma contraposição ao estado da natureza, nas qual reinam instintos e interesses e não regras de aplicação geral. Esse significado se encontra no termo *rule of law*. Ao escrever o mesmo “e” com maiúscula, indicamos o Estado que se submete ao direito e garante sua aplicação geral. É o *Rechtsstaat*.

O Estado que garante o direito oferece uma garantia de *segurança jurídica*, que, por sua vez, constitui precípua finalidade do direito moderno. “A segurança jurídica exige (...) que as disposições jurídicas sejam aplicadas a todos os casos, e somente àqueles casos para os quais valem; segurança do direito de um lado, segurança perante o direito por outro; de um lado ordem, do outro liberdade” (RADBRUCH, 1999, p. 228).

Assim sendo, a característica central da segurança jurídica é a *previsibilidade* das consequências jurídicas de qualquer conduta humana ou situação social (certeza do direito). O indivíduo não só conhece aquilo que pode e não pode fazer e as consequências da eventual violação da norma, mas sabe também que o Estado nunca o surpreenderá. Se os governantes forem submetidos ao direito, a segurança jurídica não será garantida só nas relações entre particulares, mas também perante o Estado. O Estado se compromete a não atuar de forma arbitrária, garantindo, a previsibilidade nas relações sociais e oferecendo uma sensação (ainda que relativa) de segurança,¹¹ logo de liberdade.

A previsibilidade que promete a segurança jurídica está fortemente relacionada com o princípio da igualdade. Ter leis que tratam as pessoas da mesma maneira e conseguir que as decisões de tribunais resolvam questões semelhantes da maneira semelhante garante a igualdade de tratamento.

Os conceitos de segurança, de liberdade ou de igualdade estão inter-relacionados, encontrando-se no centro do conceito de Estado de direito e constituindo sua justificativa.

A segurança jurídica se fortalece quando:

a) a abrangência das normas é geral, incluindo todas as situações semelhantes (*generalidade*, que decorre do princípio da igualdade);

11. Sobre a segurança jurídica cf. LATORRE, 1978, p. 45-54; LUÑO, 1994; CHORÃO, 2000, p. 106-118; DIMOULIS, 2018, p. 118-122; ÁVILA, 2011.

b) a descrição das condutas e de suas consequências é concreta e detalhada (*taxatividade*);

c) as normas não têm efeito retroativo, evitando surpresas e lesões de direitos adquiridos (*não retroatividade*);

d) são previstos meios de fiscalização para garantir o respeito à legalidade ou, pelo menos, a aplicação de sanções contra os transgressores das normas (*controle*);

e) as normas jurídicas são duráveis (*estabilidade*);

f) existem meios para que o Executivo e o Judiciário anunciem de maneira pública e vinculante a forma de utilização de seu poder discricionário, por exemplo, editando súmulas e regulamentos (*padronização-uniformização*).

Ao garantir a segurança mediante o cumprimento de regras, o Estado deixa de ser a manifestação de uma força bruta, um monstro como dizia Hobbes. Passa a exercer um poder limitado e regulamentado, permitindo que os indivíduos gozem de seus direitos de forma segura e estável. Em outras palavras, o Estado limitado pelo direito é um Estado garantidor dos direitos fundamentais, um Estado *garantista* com base no mencionado triângulo segurança, liberdade, igualdade.

Essa doutrina clássica submete à lei o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Cria-se, assim, o *princípio da legalidade*: as autoridades estatais só podem agir quando a lei previr e dentro dos limites por ela fixados. Aqui o Estado de direito toma a forma de um *Estado legal* (*Gesetzesstaat*; *État légal*). Todos devem cumprir os mandamentos do legislador.

O princípio da legalidade não oferece, porém, garantias contra o próprio legislador que pode revogar as leis em vigor e mudar a situação legal, restringindo ou abolindo direitos dos indivíduos. Nesse sentido, o Estado legal não se diferencia muito do Estado absoluto descrito por Hobbes. O legislador continua sendo soberano e as garantias oferecidas aos indivíduos são bem frágeis.

Retomando o exemplo anterior, o princípio da legalidade garante que o Estado não poderá efetuar desapropriações sem lei prévia. Mas, se o Poder Legislativo pode editar livremente leis de desapropriação, os indivíduos continuam dependendo da vontade dos detentores do poder estatal.

A solução encontrada foi submeter o próprio legislador ao *princípio da constitucionalidade*. Criou-se, assim, uma nova forma de Estado de direito: o Estado constitucional (*Verfassungsstaat*; *État constitutionnel*). Quando a Constituição garante os direitos fundamentais dos indivíduos e a alteração do texto constitucional é dificultada (rigidez constitucional) ou mesmo parcialmente proibida (imutabilidade constitucional) (Lição 9, 2.1.1.2), temos uma garantia da segurança jurídica muito mais forte e duradoura que a garantia oferecida pelo Estado legal. Com efeito, no Estado constitucional o próprio legislador está

submetido ao “império do direito”, devendo executar e concretizar os mandamentos constitucionais.

O Estado constitucional é a forma de Estado de direito atualmente adotada em quase todos os países. Preservando a segurança jurídica, o Estado constitucional oferece uma considerável garantia de justiça: todos conhecem seus direitos e deveres e a submissão aos mandamentos constitucionais limita o risco de decisões arbitrárias das autoridades estatais. Em outras palavras, o Estado constitucional é uma forma de exercício realmente limitado do poder estatal.

Mesmo assim não desaparecem os perigos de arbitrariedade; não se consegue evitar plenamente o risco de um “governo dos homens”, que se sobreporia ao “governo de leis”. Para que o legislador seja efetivamente submetido à Constituição, suas decisões devem ser fiscalizadas pelos demais poderes, principalmente pelo Judiciário. Isso ocorre no âmbito do controle de constitucionalidade: o respeito aos mandamentos constitucionais depende principalmente da interpretação que será dada pelo Poder Judiciário tanto à lei como à própria Constituição.

Desse modo, o Judiciário torna-se o verdadeiro árbitro dos direitos fundamentais e da segurança jurídica, causando o perigo de que o Estado constitucional se transforme, na prática, em um “Estado de juízes” (*Richterstaat*) (Lição 9, 2.1.1.2).

2.2. Requisitos do Estado de direito

Para que um Estado seja qualificado como Estado de direito (Estado legal ou Estado constitucional) é suficiente que as autoridades estatais e os indivíduos sejam submetidos ao direito positivo seja qual for seu conteúdo? Ou as normas jurídicas em vigor devem também satisfazer determinados requisitos para que possa existir um verdadeiro Estado de direito?

Suponhamos que uma norma constitucional preveja que qualquer pessoa considerada “suspeita” possa ser detida por até 10 anos “para averiguação”. Se as autoridades policiais respeitarem o limite dos 10 anos, diremos que respeitam o direito em vigor. Podemos também dizer que estamos em presença de um Estado de direito quando uma pessoa que não foi condenada por crime algum fique preso por tanto tempo?

Os partidários do *conceito formal* do Estado de direito respondem “sim”. Quem adota essa visão não confunde a avaliação do caráter justo ou adequado do direito com o problema da existência de um Estado de direito. O Estado de direito não é um “Estado de justiça”, mas simplesmente uma forma de organização política e social que garante a previsibilidade das decisões. Mesmo se a norma válida for claramente injusta, como no referido exemplo, não deixa de

ser juridicamente válida e, se as autoridades a respeitarem, o Estado de direito estará preservado.¹²

Os partidários de um *conceito material* (ou substancial) do Estado de direito sustentam que o conceito formal é inútil. Se qualquer ditador pode denominar seu regime de “Estado de direito” pela simples razão de que as autoridades estatais executam suas investidas em forma de leis ou decretos, o conceito do Estado de direito perde sua utilidade, tornando-se vazio de conteúdo.

Em decorrência disso, considera-se que o Estado de direito deve satisfazer determinados requisitos, tais como o caráter democrático da legislação, a garantia da separação dos poderes e, particularmente, a independência do Judiciário, o controle de constitucionalidade, a previsão de uma série de direitos fundamentais e a inclusão de normas asseguradoras do bem-estar da população.¹³ Assim sendo, o “Estado de direito” torna-se sinônimo do “Estado justo” (FINNIS, 1980, p. 272; CANOTILHO, 2002, p. 245; CHORÃO, 2000, p. 215).

O conceito material padece de três problemas (DIMOULIS, 1996, p. 101-102). Primeiro, não há acordo sobre o conteúdo do conceito material do Estado de direito. Segundo, aceitar a concepção material amplia o poder discricionário do Judiciário, admitindo que os juízes possam corrigir ou mesmo invalidar as normas jurídicas que considerarem contrárias às exigências do Estado de direito material. Terceiro, a concepção material não preserva a segurança jurídica, já que o Judiciário pode *flexibilizar* as normas em nome de algum valor, anulando a limitação do Estado pelo direito.¹⁴

Diante das incertezas e dos problemas do conceito material parece-nos preferível manter a definição *formal* do Estado de direito. Essa definição oferece um critério para avaliar a atuação das autoridades estatais, verificando se respeitam ou não os princípios da constitucionalidade e da legalidade.¹⁵

12. Para Kelsen (2000, p. 352-353) não só a existência do Estado de direito independe do caráter justo ou injusto de suas normas, mas também todos os Estados são considerados como Estados de direito, pois as normas emitidas pelas autoridades competentes são juridicamente válidas e vinculam as autoridades inferiores e a população. Cf. TROPER, 2001, p. 275-281.

13. Essa é a posição da maioria dos doutrinadores (CHEVALLIER, 1999).

14. No período nazista na Alemanha, muitos juristas sustentavam que o regime era o único verdadeiro “Estado de direito”, porque não se submetia à lei escrita, mas realizava os ideais da nação alemã (referências em BARATTA, 1977, p. 12, 18-19).

15. O constituinte brasileiro compreende o conceito de Estado de direito no sentido formal. A Constituição Federal qualifica a República como um “Estado democrático de direito” (art. 1.º, *caput*). O adjetivo “democrático” foi colocado justamente porque o constituinte entendia que a simples referência ao “Estado de direito” não garante a natureza democrática do regime.

Uma questão relevante é estudar os *resultados* do funcionamento de um Estado de direito, por exemplo, seu papel na superação das desigualdades sociais ou na preservação dos recursos naturais (VIEIRA e DIMOULIS, 2011). Tais estudos utilizam termos como “Estado social” (*Sozialstaat*) e “Estado ambiental” (*Umweltstaat*) para indicar opções do direito que promete tutelar com prioridade interesses das classes populares e do meio ambiente respectivamente.¹⁶ Mas em todos os casos temos um Estado de direito no âmbito do qual surgem e se resolvem conflitos entre interesses e (re)distribuição de recursos. Podemos dizer, por fim, que cada cidadão pode dizer se as normas de um Estado de direito merecem aprovação e obediência.

3. O direito natural como garantia da justiça?

O debate sobre o direito natural articula-se em torno de três problemas: sua definição e origem, suas relações com o direito positivo e as críticas endereçadas ao conceito.

3.1. Definição e fontes do direito natural

O termo “natural” sugere duas ideias. Em primeiro lugar, a imutabilidade ou, pelo menos, a forte estabilidade. Sabemos que os processos e as regras da natureza não mudam. Mesmo quando temos uma evolução natural, ela é extremamente lenta. Em segundo lugar, o termo “natural” sugere a ideia da perfeição, da existência de regras objetivas e necessárias, ao contrário das normas artificiais, impostas pela simples vontade do legislador político.

Um direito com essas características apresenta-se como estável, necessário e adequado para regulamentar o comportamento de todos os seres da natureza, como direito que assegura a perfeita ordem e harmonia.

Quais seriam as fontes do direito natural? Quem pode estabelecer um direito perfeito e imutável? Três são as principais respostas dadas pelos doutrinadores que admitem a existência do direito natural (*jusnaturalistas*).

A primeira resposta considera como fonte do direito natural a própria natureza que, no dizer de Ulpiano, ensina a todos o justo e o necessário (Lição I, 2.4). O termo é interpretado literalmente (*jusnaturalismo no sentido estrito*). Decorre da própria natureza e, principalmente, da natureza do ser humano. Dessa forma, os *jusnaturalistas* no sentido estrito atribuem à natureza uma particular força normativa; natural não é somente aquilo que existe, mas também aquilo que deve guiar o nosso comportamento e merece ser respeitado por todos.

16. BRAUN, 2007, p. 268-295.

Exemplo: a obrigação da mãe de cuidar dos filhos menores ou a tendência dos seres humanos em unirem-se para se proteger mutuamente.

A segunda resposta é conhecida como *jusnaturalismo teológico* e sustenta que o direito natural decorre da vontade divina. O Ser Supremo, que criou e ordenou o mundo, dita as regras que devem guiar o comportamento do ser humano.

Exemplo: na cultura cristã, a fonte mais conhecida do direito natural são os Dez Mandamentos. É “natural” não matar e não roubar porque Deus o ordenou.

Um dos primeiros testemunhos do jusnaturalismo encontra-se em fragmento do filósofo grego Heráclito (aprox. 535 a.C. – aprox. 475 a.C.). Heráclito escreveu:

“Todas as leis humanas são alimentadas pela única lei divina”.¹⁷

Essa concepção parece idêntica com aquela de autores cristãos como Tomás de Aquino, mas, na verdade, Heráclito utilizava o termo Deus como sinônimo da natureza e da eternidade, pertencendo ao jusnaturalismo no sentido estrito.

A terceira resposta encontra-se nos autores racionalistas da Idade Moderna e pode ser qualificada como *jusracionalismo*. Os mandamentos do direito natural decorrem da razão humana. Parte-se do pressuposto que todos os seres humanos possuem a capacidade de pensar e de atuar de modo racional. Sendo satisfeitas as necessidades básicas para o seu desenvolvimento e tendo acesso à educação, qualquer ser humano pode entender o sentido do mundo e seus próprios direitos e deveres. A capacidade de pensar racionalmente é a razão humana. Assim sendo, os homens podem descobrir o que é certo e errado e devem fazer o certo para possibilitar o convívio social civilizado e pacífico, como dizia Pufendorf (Lição 1, 2.7).

Exemplos da visão jusracionalista:

1. Os redatores da Declaração da Independência das colônias inglesas da América do Norte proclamaram em 4-7-1776: “Consideramos como verdades evidentes que todos os homens foram criados iguais, que foram dotados pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis e que fazem parte destes a vida, a liberdade e a procura da felicidade”. Aqui a razão humana descobre os direitos inalienáveis e os proclama como verdadeiros e necessários.

2. Um autor contemporâneo, o Professor Jacy de Souza Mendonça (1931), define e defende o direito natural da seguinte maneira: “Direito natural é um conjunto de princípios práticos que emergem da natureza racional, livre e social do homem, descobertos pela razão, reguladores das relações inter-humanas, visando a conformá-las em função do bem comum” (MENDONÇA, 2002, p. 52-53).

17. Fragmento DK B 114. Original em: [<http://www.heraclitusfragments.com/files/g.html>].

3.2. Relações entre direito natural e direito positivo

O segundo ponto fundamental diz respeito às relações entre o direito natural e o direito positivo. Os partidários do direito natural adotam uma visão *dualista* do direito (LUÑO 1997, p. 71; TROPER, 2003, p. 16; MATOS, 2005, p. 189-190). Consideram que, ao lado do direito natural, existe o direito positivo, isto é, um conjunto de regras de comportamento criado pela vontade política de um povo ou de seus chefes. O direito positivo nunca corresponde plenamente aos mandamentos do direito natural. Quem cria o direito positivo sempre acrescenta ou retira algo do direito natural, como observava Ulpiano.¹⁸

Essa discrepância de conteúdo cria o problema da relação entre ambos os direitos. Quando o direito positivo estabelece regras técnicas moralmente irrelevantes não há problemas. Decidir se um processo será julgado pela primeira ou pela segunda Vara Criminal de uma cidade e se o prazo de prescrição será de quatro ou cinco anos é objeto de normas de direito positivo, que não entram em conflito com o direito natural, mas simplesmente o complementam. Os problemas começam quando o direito positivo pretende derogar regras do direito natural, por exemplo, proibindo a defesa do acusado.

Em tais casos, os jusnaturalistas são taxativos. Havendo conflito, prevalece sempre o direito natural.¹⁹ Como dizia Santo Agostinho, na obra *De libero arbitrio* (427 d.C.), somente a lei justa deve ser considerada como lei.²⁰ Assim sendo, o jusnaturalismo adota uma visão do direito que não é só dualista, mas também *hierarquizada*.

Para ilustrar a prevalência do direito natural, os filósofos do direito costumam citar a trágica opção de *Antígona*. Antígona protagoniza a homônima tragédia que Sófocles (497-406 a.C.) apresentou ao público de Atenas em 441 a.C. Antígona, filha do antigo rei de Tebas Édipo, enfrenta o conflito entre a lei divina, que ordena sepultar decentemente os parentes falecidos, e a ordem do novo rei de Tebas, Creonte, de deixar insepulto o irmão de Antígona, Polínicês, morto na luta pelo poder e considerado como traidor da pátria. Antígona

18. "Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile effcimus." Digesto de Justiniano, 1.1.6, preâmbulo. [thelatinlibrary.com/justinian/digest1.shtml].

19. Mesmo assim os jusnaturalistas medievais são reticentes em admitir um direito de resistência contra o direito positivo, como vimos no caso de Tomás de Aquino (Lição 1, 2.5). Invocam o dever de obediência ao príncipe que, por ter sido escolhido pela vontade de Deus, não pode errar nem deve ser contrariado pelos súditos.

20. "Nam mihi lex esse non videtur, quae iusta non fuerit." *De libero arbitrio*, I, 5, 11 [augustinus.it/latino/libero_arbitrio/index2.htm].

escolhe obedecer a lei divina, mesmo que isso acarrete uma sentença de morte. Diante das ameaças de Creonte, Antígona formula a mais famosa defesa do direito natural na história do Ocidente:

“Não me parece que tuas determinações tivessem força para aos mortais impor até a obrigação de transgredir divinas normas, não escritas, inevitáveis; não é de hoje nem é de ontem, é desde os tempos mais remotos que elas vigem.”²¹

Encontramos aqui todos os elementos do jusnaturalismo: o dualismo entre o direito positivo e o direito natural; a imutabilidade e necessidade do direito natural, que é “inevitável” e vale “desde os tempos mais remotos”; e, principalmente, a absoluta prevalência de seus mandamentos em relação a qualquer ordem dos detentores do poder político.

Pode ser sustentada essa visão em nossos dias? Já no início do século XIX muitos filósofos do direito abandonaram o vocabulário do direito natural, entendendo que o ideal de um direito imutável e necessário não tinha lugar em sociedades submetidas a contínuas mudanças, rejeitando as mais sagradas tradições do passado. Mesmo assim, a maioria dos juristas continuou acreditando na existência de princípios de justiça, que deveriam guiar o legislador. Essa visão foi denominada “jusnaturalismo disfarçado” (Ross, 2000, p. 292).

Uma versão renovada do jusnaturalismo encontramos na teoria do “direito justo” (*richtiges Recht*) elaborada pelo filósofo do direito alemão Rudolf Stamm-ler (1856-1938). Em sua opinião, o direito natural indica o justo e o adequado para a natureza humana, impondo, principalmente, o respeito à liberdade humana e a convivência pacífica em comunidades solidárias.

Os princípios do direito justo vinculam o legislador, mas não são imutáveis. O direito justo sofre importantes transformações, porque acompanha as mudanças sociais, dependendo da mentalidade e da moralidade de cada período histórico. Temos, assim, um “direito natural com conteúdo variável” (*Naturrecht mit wechselndem Inhalt*), cuja forma concreta depende da situação social (STAMMLER, 1902, p. 93-103).

Encontramos aqui uma quarta resposta em relação à fonte do direito natural. Trata-se do *jusnaturalismo social*, que diverge dos três precedentes, e, de certa forma, esvazia o direito natural de seus conteúdos, limitando-se a referências abstratas sobre o “justo” e a necessidade de realizá-lo.

Estudando as obras de filosofia do direito das últimas décadas, o leitor dificilmente encontrará partidários do direito natural. As poucas exceções referem-se a autores que exprimem pontos de vista teológicos, sendo principalmente influenciados pelos ensinamentos da Igreja Católica na tradição de Tomás de

21. *Antígona* de Sófocles, versos 514-519; SÓFOCLES, 1970, p. 23.

Aquino (Lição 1, 2.5).²² Este é o motivo pelo qual, atualmente, encontraremos pouquíssimos professores de direito natural nas faculdades de direito, apesar de a cadeira de direito natural ter sido uma das principais nos cursos de direito até o século XIX.²³

Mas o abandono do direito natural e do dualismo não foi completo. Os partidários contemporâneos do moralismo jurídico podem ter deixado de empregar o termo, mas não se distanciam completamente de seus pressupostos. Referem-se a princípios morais que são vigentes em determinada sociedade e devem influenciar, e, se necessário, corrigir o direito positivo (Lição 1, 2.17; Lição 3, 5).

No âmbito do moralismo jurídico moderno, uma defesa da existência de um direito superior e melhor em relação ao direito do Estado encontra-se na obra do filósofo do direito e penalista alemão Gustav Radbruch (1878-1949). Em 1946, vivendo ainda sob o impacto das atrocidades cometidas pelo regime nazista, Radbruch afirmou que o positivismo jurídico foi um dos responsáveis pela aceitação do direito daquela época, que, entre outras barbaridades, privou os judeus de quase todos seus direitos, os expôs a perseguições e previu a aplicação da pena de morte a adolescentes.

Na visão de Radbruch, o positivismo é indiferente em relação ao conteúdo das normas jurídicas e leva os operadores do direito a obedecer a qualquer lei, seguindo o brocardo *Gesetz ist Gesetz* (“lei é lei”) (RADBRUCH, 1946, p. 105-106).

Radbruch sustentou que, por razões de segurança jurídica, o direito positivo deve manter sua validade mesmo se for injusto e inadequado. Há duas exceções. Primeiro, quando a contradição entre o direito positivo e as exigências da justiça se torna “insuportável”. Segundo, quando se constata que o legislador não tinha nem mesmo a intenção de servir a justiça e atuou como um criminoso. Nos casos da injustiça insuportável e da negação proposital da justiça,

22. Entre os autores de língua portuguesa cf. CUNHA e DIP, 2001; MENDONÇA, 2002, p. 32-59; NERY, 2008. Os mais conhecidos partidários do direito natural nas últimas décadas são os filósofos do direito Michel Villey (1914-1988), na França, John Finnis (1940-) (australiano radicado nos EUA), e Ernst Bloch (1885-1977), na Alemanha. O último autor realizou uma das poucas leituras progressistas do direito natural, combinando a inspiração católica com referências ao marxismo. Cf. VILLEY, 1998; FINNIS, 1980; BLOCH, 1980. Nos últimos anos defende uma versão progressista e materialista do direito natural o jusfilósofo grego Kostas Douzinas (1951-) (2010). Para uma discussão crítica em torno do direito natural na atualidade, cf. GEORGE, 1996; HARLE e VOGEL, 2007.

23. No Brasil, a disciplina *Direito natural* era ensinada no primeiro ano das Faculdades de direito no século XIX. Recebeu a denominação de *Filosofia do direito* em 1891. Em 1911 a mesma disciplina passou a chamar-se *Introdução geral à ciência do direito* (LOPES, 2012, p. 149-153).

as normas do direito positivo perdem sua validade, devendo recuar diante dos imperativos da justiça (RADBRUCH, 1946, p. 107).

Esse posicionamento ficou conhecido como *fórmula de Radbruch*. Constitui uma versão *branda* do jusnaturalismo. Ela é branda porque reconhece como central o direito criado e aplicado pelo Estado, opina pela sua prevalência na maioria dos casos e relativiza os valores da justiça, em nome da segurança jurídica. Mesmo assim, a fórmula de Radbruch submete o direito positivo a um exame de concordância com os princípios da justiça. Essa visão é aceita pelos moralistas modernos que admitem a superioridade do “direito justo”.²⁴ Os moralistas são dualistas porque desejam corrigir o direito estatal com base em imperativos morais e exigem que o legislador crie leis em consonância com a moral.

Quadro sinótico 4
Tipologia do direito natural

Possíveis fontes	Possíveis características	Possível relação com o direito positivo
<ul style="list-style-type: none"> • Natureza • Vontade divina • Razão humana • Ideias sociais sobre o justo 	<ul style="list-style-type: none"> • Imutabilidade • Estabilidade • Conteúdo variável 	<ul style="list-style-type: none"> • Primazia absoluta do direito natural • Primazia do direito positivo, a não ser em casos de injustiça “insuportável” ou proposital

3.3. Críticas ao direito natural

Uma posição de rejeição do direito natural encontra-se na abordagem do positivismo jurídico. Sabemos que os positivistas adotam uma visão *monista* e definem como direito somente as normas impostas pela vontade política dominante e reconhecidas como válidas pela população, independentemente de seu caráter moralmente adequado, justo, correto. Os mandamentos que não são acompanhados pela capacidade de imposição não constituem normas jurídicas, mas simples desejos pessoais, normas morais, regras de decoro etc.

Os positivistas não ignoram que o direito positivo apresenta falhas, discrimina e prejudica pessoas e grupos. Se assim não o fosse, não se explicariam as incessantes reformas legislativas nem os protestos populares, nem as revoluções que criam um direito radicalmente novo. Mas, na visão positivista, as discordâncias sobre a adequação do direito positivo não afetam sua validade jurídica. Mesmo o pior direito do mundo não deixa de ser válido. A crítica formula-se sempre desde o ponto de vista *externo*: constitui uma proposta *de lege ferenda* (sobre a

24. Análises e bibliografia em DIMOULIS, 2018, p. 38-49.

lei a ser criada), que reivindica um direito melhor, não podendo ser considerada como descrição do direito em vigor.

A visão do positivismo jurídico nos parece a mais convincente,²⁵ porque permite superar quatro problemas da visão jusnaturalista, a saber:

1. *Vagueza*. Os partidários do direito natural indicam como regras básicas os deveres de respeitar a vida e a liberdade de todos, de cumprir os contratos, de tomar decisões coerentes, de tratar os iguais de forma igual e o direito à ampla defesa e o devido processo legal. Tais regras são louváveis, mas não deixam de ser extremamente vagas. O ordenamento jurídico não é composto de colocações genéricas e de boas intenções, mas de normas concretas, que permitem resolver conflitos. Nenhuma das referidas regras de direito natural pode dar respostas satisfatórias a conflitos sociais. O direito natural não indica, por exemplo, o que significa respeitar a liberdade de outrem, porque não indica os limites concretos da liberdade de cada um, nem explica o que deve ocorrer nos inúmeros casos de conflito entre a liberdade de várias pessoas. Para responder tais questões precisamos, primeiro, de normas dotadas de sanção e, segundo, de decisões do Poder Judiciário que realizem ponderações dos direitos em conflito (Lição 11, 5).

2. *Subjetivismo*. Os partidários do direito natural sustentaram as mais variadas opiniões sobre a origem e o conteúdo do direito natural. Não esqueçamos que o direito natural foi utilizado para justificar e legitimar: a) a escravidão, por exemplo, na obra de Aristóteles; b) os sanguinários príncipes da Idade Média como representantes de Deus e a dominação dos colonizadores sobre os colonizados, como sustentavam os jusnaturalistas católicos; c) as ditaduras do século XX, como diziam muitos partidários do direito natural na Europa, apregoando a submissão à vontade de Hitler, de Mussolini, de Franco ou de Salazar; d) a submissão das mulheres, que era apresentada como “natural” pelos juristas e filósofos até o começo do século XX. Tudo foi dito em nome do direito natural e as piores injustiças foram justificadas invocando “princípios superiores”.²⁶

3. *Conservadorismo*. O direito natural é caracterizado pela estabilidade, já que se refere ao poder normativo da natureza humana que dificilmente se transforma. Isso indica o caráter conservador das teorias do direito natural. Enquanto os conteúdos do direito positivo dependem de decisões políticas e ajustam-se às demandas da maioria, o direito natural permanece fixado no tempo e fiel na

25. DIMOULIS, 2018. Permaneço, assim, fiel aos ensinamentos que recebi, já no primeiro ano da Faculdade de Direito, pelo Professor Doutor Aristovoulos Manassis (1922-2000), um ferrenho crítico do direito natural (MANESSIS, 1980, p. 34-55).

26. As manipulações históricas do direito natural autorizaram o filósofo do direito dinamarquês Alf Ross (1899-1979) a afirmar: “Como uma prostituta, o direito natural está à disposição de todos” (Ross, 2000, p. 304).

tradição, negando o poder transformador dos cidadãos. Dessa forma, revela-se como um conjunto normativo autoritário, geralmente a serviço dos mais poderosos, que apresentam seus interesses como consagrados pelo tempo e pela suposta “natureza humana”.

“Natural” é o direito do mais forte que domina os mais fracos, tanto na selva como na concorrência do mercado. Devemos aceitar esse “destino natural” ou, ao contrário, lutar pela abolição das distinções e discriminações sociais, inclusive por meio de mudanças jurídicas? Em nosso entender, o direito foi criado para transformar a ordem natural, para civilizar a convivência humana, para combater as fatalidades naturais e para limitar o poder social. Em uma palavra, o direito é um fenômeno contrafático e não uma “cópia” da organização natural do mundo (Lição 3, 2.3).

4. *Irrelevância.* Mesmo quem aceita a existência de mandamentos de direito natural deve admitir que a pertença de uma regra ao direito natural não permite afirmar sua validade jurídica. O direito natural só pode ser imposto se for respaldado pela vontade política dominante. Quando o legislador positivo decide incorporar no ordenamento jurídico normas que correspondem a mandamentos do direito natural, tais normas passam a vigorar porque correspondem à vontade do legislador e não porque são justas ou “naturais”.

Mesmo nos pouquíssimos casos em que o legislador remete diretamente ao direito natural,²⁷ a validade desse último é devida à vontade do legislador que o eleva à condição de direito válido, podendo revogá-lo, quando o considerar conveniente.

Muitos autores sustentam, finalmente, que o jusnaturalismo e a referência à justiça garantem que jamais serão aplicadas normas extremamente injustas. Como constatamos, esse foi o argumento de Radbruch, que acusou o Positivismo de ter legitimado o direito nazista. Na realidade, porém, o argumento não convence (DIMOULIS, 2018, p. 167-177). São raríssimos os juízes e promotores que têm a coragem de contestar a validade das normas jurídicas de uma ditadura, enquanto esta estiver no poder. Os pouquíssimos integrantes do Judiciário que não se curvaram às ordens das ditaduras, negando-se a aplicar normas que consideraram injustas, simplesmente perderam seus cargos, foram perseguidos

27. O exemplo mais conhecido está no Código Civil austríaco (“Código Civil Geral”) de 1812 ainda vigente. Seu § 7.º determina que quando um caso concreto não pode ser resolvido por meio da interpretação literal ou teleológica da norma nem com o emprego da analogia, “deve ser decidido segundo os princípios de direito natural após pesquisa cuidadosa e ponderação madura das circunstâncias” [internet4jurists.at/gesetze/bg_abgb01.htm#§_7].

e punidos. Isso corrobora a irrelevância jurídica do jusnaturalismo. Justo ou injusto, o direito respaldado pelo poder consegue ser aplicado.

4. Conclusão

Neste capítulo estudamos as relações entre o direito positivo e a justiça, enfocando a problemática da definição da justiça, do Estado de direito e do direito natural.

O exame de vários aspectos da problemática da justiça em sua relação com o direito positivo conduziu-nos a resultados negativos. O conceito da justiça é extremamente controvertido e não parece possível dar uma definição que permita operacionalizá-la para avaliar o caráter justo ou injusto do direito em vigor. Diante dessa situação, a persistência da doutrina em reivindicar a vinculação do direito positivo com a justiça revela-se como tentativa para legitimar ou deslegitimar determinados regulamentos mediante o apelo emocional à justiça.

Por sua vez, o conceito do Estado de direito apresenta utilidade se for entendido no sentido formal da limitação do Estado por meio do direito. Nessa perspectiva, o conceito permite avaliar se a atuação dos aparelhos estatais se mantém dentro do quadro traçado pelas normas em vigor. Isso não garante o caráter justo do ordenamento jurídico, mas preserva a segurança jurídica, isto é, a previsibilidade das decisões estatais.

O conceito do Estado de direito material é, ao contrário, problemático. As tentativas de “enriquecimento” do conceito, no intuito de considerar como Estado de direito somente o ordenamento que satisfaz os requisitos da justiça, estão fadadas ao fracasso, já que não parece possível definir o que é um Estado “justo”.

A referência ao direito natural, como conjunto de regras superiores e estáveis no tempo e no espaço que exprime os valores da justiça, é uma constante da filosofia e da doutrina jurídica ocidental, mas revela-se também repleta de problemas. Não havendo acordo sobre o conteúdo do direito natural, a posição dos jusnaturalistas de que o direito natural prevalece em caso de conflito com o direito positivo, pelo menos quando esse último provoca extremas injustiças, revela-se como uma tentativa ideológica para legitimar (ou deslegitimar) o direito vigente, segundo opiniões subjetivas.

Para aprofundar o conhecimento

Sobre a justiça e o direito natural:

BODENHEIMER, 1994, p. 54-69, 125-225; BRAUN, 2007, p. 53-95; CAMPBELL, 2001; CORTESI, 1962, p. 37-141; COSTA, 2001, p. 247-286; DERRIDA, 2007; FINNIS, 1980; GEORGE, 1996; HARLE e VOGEL, 2007; HÖFFE, 1991; KELSEN, 2001; KOLLER, 1997, p. 31-36, 131-144, 295-316, e 2001; KRIEDEL, 1963; LATORRE, 1978, p. 151-183; LOPES, 2012;

LUHMANN, 1999, p. 374-418; 1997, p. 214-238; MENDONÇA, 2002, p. 32-59; MONTORO, 1999, p. 123-282; ROSS, 2000, p. 267-334; RÜTHERS, 1999, p. 195-228, 237-260; VILLEY, 1998; VLASTOS, 1984; WACKS, 2005, p. 14-36, 243-267; WEIHEL, 1965.

Sobre o Estado de direito:

BARATTA, 1977; BÖCKENFÖRDE, 1991, p. 143-208; CAROTHERS (org.), 2006; CHEVALLIER, 1999; COSTA E ZOLO (org.), 2002; FORSTHOFF, 1976; LUÑO, 1994; RAZ, 1979; SCHMITT, 2001, p. 141-163; SOBOTA, 1997; TAMANAHA, 2004; TROPER, 2001, p. 267-281; VIEIRA E DIMOULIS (orgs.), 2011.