

**DIREITO E JUSTIÇA: EM PROL DO ESCLARECIMENTO DA DIVERGÊNCIA
ENTRE JUSNATURALISMO E POSITIVISMO JURÍDICO**

Joaquim Humberto de Oliveira¹

RESUMO

Este artigo trata da relação entre direito e justiça, ou entre validade e valor, a partir da consideração das filosofias jusnaturalista e juspositivista como modelos de validação e avaliação. Em decorrência dessa análise, diferencia no domínio da avaliação o positivismo teórico do ideológico. Além disso, aborda o tema da justiça na obra de Kelsen, utilizando-se do modelo do positivismo teórico.

Palavras-chaves: Jusnaturalismo, positivismo jurídico teórico e ideológico, direito e justiça, validade e valor.

ABSTRACT

This article deals with the relation between right and justice, or validity and value, from the consideration of the philosophies jusnaturalist and juspositivist as models of validation and evaluation. In result of this analysis, it differentiates in the domain of the evaluation the theoretical positivism of the ideological one. Moreover, it approaches the subject of justice in the workmanship of Kelsen, using itself of the model of the theoretical positivism.

Keywords: Jusnaturalism, theoretical and ideological legal positivism, right and justice, validity and value.

¹ Doutor em Filosofia pela PUC/RJ. Professor do Curso de Graduação em Direito da UNIGRANRIO e do UNIFESO.

INTRODUÇÃO

Podemos destacar pelo menos três modelos de relações do direito com o princípio moral da justiça: o modelo característico da doutrina jusnaturalista, o da doutrina positivista e ideológica ou ética e o positivista e teórico, científico ou conceitual.

Essas maneiras ou modelos de relacionamentos do direito com a moral ou com a justiça, por sua vez podem ser subdivididos de acordo com duas perspectivas: a do critério de validação e a do critério de avaliação. A primeira, diz respeito à relação da doutrina com a fonte criadora do direito, no caso, com o legislador que, dependendo do caso, pode até mesmo ser considerado com características não humanas, como nos sugerem as fontes do direito natural. Já pela segunda, a relação focada será a da doutrina com o momento do ato judicial da decisão.

Assim sendo, teremos o modelo doutrinário jusnaturalista de validação e avaliação, o mesmo sucedendo para os outros dois modelos que, a partir de agora, simplifcadamente denominaremos como modelo doutrinário positivista-ideológico e o modelo doutrinário positivista-teórico.

I. O MODELO DOUTRINÁRIO JUSNATURALISTA

O jusnaturalismo é uma filosofia ou doutrina do direito, com importância predominante desde o século IV a.C. até fins do século XVIII d.C, que sempre defendeu a existência de princípios morais universais ou direitos naturais. Essa característica pode ser apontada como lhe sendo comum, oferecendo-nos como solução a desconsideração das suas diversas e específicas manifestações históricas: seja aquela de índole metafísica natural, do período clássico; ou a de índole metafísico-teológica, do período medieval; e finalmente a de índole metafísico-racional, do período moderno-iluminista.

Então, aplicando-se de forma geral o jusnaturalismo como modelo para qualificar a relação do direito com a moral universal, ou com o princípio moral da justiça, no domínio ou pela perspectiva da validação, o critério de validação utilizado será o material. Segundo esse critério, princípio moral da justiça, no caso o direito natural, é adotado como o critério de validade da norma posta: essa norma para ser válida, enquanto jurídica, precisa antes ser considerada justa. O que quer dizer que uma norma posta ou lei positiva é válida quando é justa; operação que promove a redução da validade à justiça, devendo-se seguir a seguinte raciocínio: o doutrinador jusnaturalista validará a norma ou lei positiva, criada pelo legislador humano, quando não identificar no seu conteúdo valores contrários àqueles padronizados como universais pela própria corrente doutrinária seguida pelo nosso doutrinador jusnaturalista.

Manuseando agora o modelo jusnaturalista para qualificar a relação do direito com a justiça no domínio da decisão ou no do critério de avaliação, decorre que a lei jurídica deve ser obrigatoriamente obedecida e aplicada pelo juiz. Isso demonstra que nos dois momentos, o de validar e o de avaliar, o doutrinador jusnaturalista considera validade e valor como intimamente associados.

Desse modo, o jusnaturalismo, de uma maneira geral, é identificado como sendo simultaneamente:

- 1) Uma filosofia ética que sustenta que há princípios morais e de justiça universalmente válidos e acessíveis à razão humana.
- 2) Uma teoria que define o conceito de direito, segundo a qual um sistema normativo ou uma norma só podem ser qualificados de jurídicos se de acordos com princípios morais ou de justiça. (os critérios de validação e de avaliação ocorrem simultaneamente)

Dessas duas teses acima decorre uma terceira, que estabelece o seguinte critério de decisão:

3) Tanto os juízes quanto os sujeitos jurídicos em geral têm a obrigação moral de obedecer o direito. (NINO, 1998)²

II. O MODELO DOUTRINÁRIO POSITIVISTA

Antes de especificá-lo como teórico ou ideológico, é permitido tratá-lo comumente como positivismo jurídico, quando estivermos lidando com o critério de validação. No domínio correspondente a esse critério, o da validação, o positivismo jurídico pode ser abordado de forma ampla, isto é, sem fazer distinção entre o ideológico ou o teórico. Essa teoria, doutrina ou filosofia do direito, desde o século XIX, tende a definir um sistema normativo ou uma norma como jurídicos recorrendo às suas fontes e não ao seu mérito ou valor intrínsecos, isentando-se, portanto, de emitir um juízo axiológico ou de valor no domínio da definição ou da validação do direito. Esse critério de definição conceitual, de identificação ou de validação do que é jurídico, por ser avalorativo ou não axiológico, quer dizer, por não exigir do doutrinador, no ato de validar a norma posta pelo legislador, nenhum juízo de valor, é denominado critério de validade formal.

O doutrinador positivista, ao adotar o critério de validade formal, considera uma norma como jurídica desde que ela tenha sido posta por uma autoridade competente para legislar, desde que esta atividade, portanto, esteja submetida e reconhecida pelas instituições do Estado.

² Essas definições, e as outras que seguem para o positivismo jurídico ético ou ideológico e o positivismo jurídico teórico, foram extraídas do capítulo I desta obra.

II.1. Positivismo jurídico ético ou ideológico

O positivismo jurídico, no entanto, deve ser diferenciado como ideológico ou teórico, quando for adotado como modelo de decisão ou como critério de avaliação. O positivismo jurídico ético ou ideológico, no domínio decisório, inverte a relação pensada pelo jusnaturalismo, e concebe a validade como critério da justiça. Teríamos então a seguinte formulação: uma lei por ser válida é justa; operação que reduza a justiça à validade.

O assim denominado positivismo jurídico ético ou ideológico é identificado como sendo simultaneamente:

1) Uma teoria que define o conceito de direito, segundo a qual um sistema normativo ou uma norma só podem ser qualificados de jurídicos se de acordo com a sua fonte e não de acordo com o seu valor ou mérito (critério de validação formal).

2) Uma filosofia ética que sustenta que os princípios morais e de justiça estão de acordo com o princípio da legalidade (critério de avaliação ou critério moral).

Dessas duas teses acima decorre uma terceira, que estabelece o seguinte critério de decisão:

3) . Tanto os juízes quanto os sujeitos jurídicos têm a obrigação moral de obedecer o direito positivo.

II.1.1. Ilusões do positivismo jurídico ideológico

Dessa forma, é uma ilusão supor, como faz o positivismo jurídico ideológico, que o direito e a moral estão separados, e em decorrência disso, os juízes assumem uma posição moralmente neutra quando se limitam a decidir segundo o direito positivo vigente,

argumentando silogisticamente a sua decisão de acordo com uma hermenêutica tradicional, pautada na vontade do legislador.

Pois, o próprio positivismo jurídico ideológico é um modelo de tomada de decisão vinculado a um critério moral definido, integrante do que será visto a seguir como formalismo ético, que sustenta a legalidade, ou o critério de validade formal, como princípio de obrigação moral, justificado, pelos valores da ordem, segurança e certeza.

Mas uma vez dito isto, percebe-se outra debilidade ou ilusão do positivismo jurídico ideológico. O modelo positivista jurídico, ao criticar o jusnaturalismo, impossibilitou a defesa de quaisquer valores universais, portanto os valores de ordem, segurança e certeza, não podem ser os únicos princípios morais, por serem universais, que os juízes devem levar em conta em suas decisões, pois assim sendo, regressaríamos ao modelo decisório jusnaturalista.

II.2. Positivismo jurídico teórico ou conceitual

O outro modelo positivista para o domínio decisório recebe a denominação de teórico ou conceitual. De acordo como essa modalidade do positivismo jurídico as noções de valor e validade são totalmente distintas, seja no domínio da validação, o que é comum a todo positivismo jurídico, seja, também, no domínio da avaliação, o que passa a ser o diferencial do positivismo jurídico teórico em relação ao ideológico.

Dessa forma, a lei jurídica não seria nem determinada por algum critério de justiça, nem tampouco seria tomada como critério para o valor de justiça, mas seria apenas considerada como válida, portanto como jurídica, independentemente de qualquer relação com a justiça. Essa forma de abordar a relação do direito com a justiça, que na verdade é uma

forma de não relacioná-los, é muito aceita entre os juristas teóricos ou doutrinadores de formação positivista³.

Como extensão dessa abordagem, o modelo positivista jurídico teórico ou conceitual impediria de deixar determinado, no campo decisório, qualquer critério de avaliação moral. E, por conseguinte, os juízes não estariam obrigados a terem que seguir à risca qualquer critério previamente estabelecido pela atividade dos doutrinadores. (LAPORTA, 1995, p.71)⁴

O positivismo jurídico assim concebido como teórico ou conceitual é identificado como sendo exclusivamente:

- 1) Uma teoria que define o conceito de direito, segundo a qual um sistema normativo ou uma norma só podem ser qualificados de jurídicos se de acordos com as suas fontes e não com o seu valor ou mérito (critério de validação formal)

Para muitos autores, o positivismo jurídico teórico ou conceitual, seria a expressão mais autêntica do modelo positivista, por não identificar a validade da norma jurídica com o seu valor. Mas, por isso mesmo, o positivismo jurídico teórico ou conceitual deixa a desejar como um guia de ação ou de tomada de decisão, por deixar indeterminado o critério de avaliação ou de justiça, sendo criticado como uma filosofia do direito incompleta. (STRUCHINER, 2005, p.412)⁵

³Positivistas como H. L. A. Hart, H.Kelsen, A.Ross, J. Raz.

⁴ “De fato, salvo certas versões do realismo americano e as pretensões da ‘Escola do direito livre’, todo mundo está de acordo com o que deve governar a atividade do juiz são as normas do sistema legal [...].Mas o fato de uma norma jurídica ser válida é razão suficiente para o juiz fundamentar nela a sua decisão? [...] Se a resposta é negativa [...] o juiz tem que se socorrer para tomar sua decisão, não só de normas jurídicas, senão a outro tipos de juízos e princípios que lhe confirmam razões para alcançar a sua decisão”. Citação de LAPORTA, 1995. p.71. Em complemento à citação, esses juízos e princípios são critérios a serem buscados nos temas abordados pela ética política, pela teoria moral ou da justiça, e não propriamente falando nas filosofias do direito.

⁵ Conforme dito por STRUCHINER, (2005, p.412) “A tese do positivismo jurídico [teórico] é exclusivamente uma tese sobre a validade d o direito, e é compatível com muitas outras teses acerca da natureza do direito. Após a identificação de uma norma válida, ainda permanecem questões importantes acerca do significado dessa

II.2.1. Crítica do positivismo teórico ao formalismo ético

Podemos conceber as realizações éticas, aquelas que se prestam a uma consideração de juízo valorativo, portanto, que podem ser apreciadas como boas ou más, do ponto de vista exclusivo da norma. Assim sendo, uma ação seria boa e, portanto, justa, quando em conformidade com a lei, e má ou injusta, quando o contrário se sucedesse, quando a ação fosse desconforme com o prescrito pela lei. Essa forma de valoração da ação denomina-se formal ou legalista.

O próprio jusnaturalismo, portanto, pode ser apreciado como integrante desse formalismo ético. Se por um lado o positivista, em seu sentido ético ou ideológico, representa uma ação como justa por corresponder à lei positiva, o jusnaturalista ao questionar a justeza da lei positiva e da ação que lhe corresponde as comprometeria com as leis naturais, expressando a seguinte fórmula do legalismo jusnaturalista: “a lei positiva e a ação que lhe corresponde são justas porque são conformes às leis naturais” (BOBBIO, s.d. p.16). Na sua expressão máxima, poderíamos admitir que a concepção legalista da justiça consiste na correspondência com as leis, sejam elas naturais, divinas, racionais ou mesmo positivas.

Mas para a concepção teórica do positivismo, ao contrário da sua concepção ideológica, essa concepção de justiça, defendida pelos legalistas em geral, ao aproximar o direito da moral, corre o risco de vir a revestir de dignidade ética qualquer norma jurídica, de modo que por esse motivo se tornaria credora de uma obediência incondicional. A lei, só pelo fato de ser lei ou já era imediatamente justa, ou poderia vir a ser validada como justa, socorrendo-se para tanto, do direito natural.

norma, se ela deve ser obedecida pelos sujeitos jurídicos e aplicada pelos juízes, se ela ajuda a realizar os propósitos do direito e se é justa, apenas para citar algumas das indagações que devem ser tratadas ... Além de identificá-las, é necessário avaliá-las para decidir se devem ser aplicadas e seguidas. Para construir uma teoria capaz de dar conta da natureza do direito de uma maneira integral, não basta dizer que o direito é constituído por um conjunto de normas válidas”.

De acordo com a teoria positivista, a legalidade, ou a validade formal, não é um critério que sirva para distinguir os atos justos dos atos injustos, mas serve apenas para distinguir os atos jurídicos dos atos não jurídicos. E a concepção dessa teoria funda-se sobre o princípio da distinção entre validade e justiça, e não mais sobre o princípio da redução da validade à justiça ou sobre o outro princípio, o de redução da justiça à validade, podendo-se, dessa forma, afirmar que nem sempre a ação legal é justa. Para o posicionamento teórico-positivista, portanto, a validade de uma lei reduz-se à sua vigência, deixando de entender validade em seu sentido forte de valor, como valor moral ou valor de justiça.

II.2.2. O positivismo jurídico-teórico: o direito que é e o direito que dever ser

Como visto, o positivismo teórico adota como estratégia separar o direito entre o que ele *é* e o que ele *deve-ser*. E assim, em consequência dessa estratégia, concebe-se como uma teoria epistemológica que tem apenas como finalidade descrever cientificamente o direito que *é*.

Utilizando-se desse recurso, o positivismo potencializa-se como desmistificador, impossibilitando que se utilize a justiça como critério de validade da lei, justificando assim as mais diversas intenções que se acomodam sob aquele ideal de justiça. Isso pode lhe acarretar a injusta acusação de ser conivente com os mais diversos sistemas ideológicos.

A experiência nacional-socialista alemã pode ser tomada como um exemplo dessa extrema conveniência do positivismo (LAPORTA,1995, pp.27-28) ⁶. Segundo Radbruch

⁶ “Nos primeiros anos do pós-guerra se submeteram à jurisdição tanto de tribunais alemães como de tribunais internacionais alguns casos ocorridos durante a era nazista nos quais se punha de manifesto que cidadãos que haviam cumprido com escrupuloso respeito a letra da lei nazi haviam desencadeado com isso consequências reais moralmente abomináveis. O caso mais discutido foi o daqueles cidadãos que haviam recorrido à obrigação jurídica de denunciar atividades contrárias ao Reich para desembaraçarem-se de forma limpa (quer dizer, jurídica) de seus inimigos ou de alguns parentes incômodos. O caso de uma mulher que tratou de ‘assassinar’

(apud LAPORTA, 1995, p.25), o positivismo, ao negar a justiça como critério de validação para o direito, se torna teoricamente cúmplice do direito nacional-socialista. E, ainda de acordo com Radbruch (apud LAPORTA, 1995, p.25), para que não se permita mais tal cumplicidade não se pode mais admitir uma que uma lei injusta ainda seja considerada uma lei.

Retrucando tal crítica, Radbruch confunde o positivismo teórico com o ideológico, já que entende o critério de validação formal como critério de avaliação, alegando que os juízes são obrigados a aplicar as leis válidas. Essa postura é pertinente apenas ao positivismo ideológico, evitada e criticada pelo positivismo teórico.

Nesse sentido, mais vale o direito ficar distante da justiça, pois quando este se serve daquela, pode se valer desse critério para escamotear os seus atos de força. Para tanto basta imaginar um doutrinador jusnaturalista autenticando a validade das leis nazistas. Em sua justificativa essas leis deixariam de ser impostas por um ato de força do poder político para ser transformadas em coerções de efeito moral. Não nos esqueçamos que um doutrinador jusnaturalista, que considera válida as leis nazistas, só pode ideologicamente defender o nazismo. E neste caso, como um princípio universal de justiça a ser seguido por todos.

Mas se um positivista adota a mesma postura de validação das normas nazistas, isso não necessariamente o identifica com aquela ideologia. Pois, como vimos, o critério de validação adotado é o formal, avaliativo, e, portanto, o doutrinador, neste caso, se separa das suas convicções individuais político-ideológicas. O que se pode concluir, do modelo positivista teórico, é que as questões ideológicas, por se caracterizarem como conflitos entre valores, não se reduzem às questões teóricas.

Um positivista teórico não leva para as incertas escolhas ideológicas a sua certeza teórica. O positivismo teórico ao dissociar a validade do valor, ao contrário de se

legalmente o seu marido cumprindo a sua obrigação jurídica de delação foi particularmente repulsivo. Se os juízes sentenciavam de acordo com o direito participavam da imoralidade, se o faziam seguindo preceitos morais

comprometer com qualquer sistema político-ideológico, protege a sua teoria de manipulações propagandísticas, deixando claro que essas opções decorrem de escolhas pessoais, individuais, próprias, no campo dos valores. Não se pode acusar o doutrinador positivista teórico de nazista, ou de qualquer outro qualificativo ideológico, por reconhecer como válidas aquelas leis; mas talvez caiba tal acusação somente ao indivíduo comum, à pessoa que naquele momento deixa a sua doutrina para opinar sobre as suas escolhas de valor. Talvez ele venha a ser nazista, mas isso não decorre necessariamente do fato dele ser um doutrinador positivista e ter validado as leis nazistas, mas sim do fato dele defender como justos os valores próprios da ideologia nazista.

III. CONCLUSÃO: ESCLARECENDO A DIVERGÊNCIA ENTRE JUSNATURALISTAS E POSITIVISTAS

A oposição entre o modelo jusnaturalista e os modelos positivistas, no que se refere à relação do direito com a justiça, possa ser talvez arrefecida. Vimos que tanto o jusnaturalismo quanto o positivismo ideológico ou ético adotam previamente uma teoria moral ou uma filosofia ética identificada como formalismo ético. Já o positivismo teórico, conceitual ou científico deixa em aberto qual teoria moral complementar a sua posição teórica ou conceitual sobre o direito.

Assim sendo, a divergência básica entre o jusnaturalismo e o positivismo não diz respeito se o direito e a moral relacionam-se ou não, “mas sim qual é a melhor teoria moral com a qual o direito deve ser comparado”. (FARREL, 1998 apud STRUCHINER, 2005, p.414)

estranhos às leis traçam os supostos básicos de sua própria condição de juízes.” (LAPORTA, 1995, pp.27-28)

E talvez, a simplicidade ou mesmo a modéstia intelectual do positivismo jurídico teórico tenha sido o principal fator de tantas versões distorcidas sobre essa postura doutrinária.

“Quando a filosofia do direito produz uma tese que não endossa nem critica a atividade dos juristas práticos, uma tese que apenas identifica o que conta como direito válido (uma tese que é apenas descritiva ou constitutiva do direito), então os professores e operadores do Direito ficam frustrados e os mitos começam a aparecer” (GARDNER, apud STRUCHINER, 2005, p.415)

REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. *El problema del positivismo jurídico*. México, BEFDP, s.d.

FARREL, M. “Discusión entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico”: *Doxa*, vol.22, n°2, 1998, pp.121-128.

GARDNER, J. “Legal Positivism: 5 ½ Myths”.: *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, pp. 199-227.

LAPORTA ,Francisco. *Entre el derecho y la moral*. México, BEFDP, 1995

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998.

STRUCHINER, Noel. “Algumas proposições fulcrais acerca do direito: o debate do jusnaturalismo vs.juspositivismo”. In: MAIA, A. et al. *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005. pp. 399-415

ANEXO

QUADRO ESQUEMÁTICO SOBRE OS MODELOS DE VALIDAÇÃO E AVALIAÇÃO JUSNATURALISTA, POSITIVISTA JURÍDICO-ÉTICO OU IDEOLÓGICO E O POSITIVISTA JURÍDICO TEÓRICO, CONCEITUAL OU CIENTÍFICO

	CRITÉRIO DE VALIDAÇÃO	CRITÉRIO DE AVALIAÇÃO
FILOSOFIAS DO DIREITO	(Critério de identificação; definição) Ponto de vista do jurista teórico ou do doutrinador em relação à atividade do legislador. Problema: Por que esta norma é válida?	(Critério de decisão, modelo de tomada de decisão, guia para a ação) Ponto de vista do jurista teórico ou do doutrinador em relação à atividade do juiz . Problema: Por que devo obedecer esta norma?
JUSNATURALISMO	Critério de validade material; definição valorativa do direito.	Critério determinado: a norma jurídica é obrigatória por estar de acordo com princípios morais universais; identificação dos critérios de validade e de validação.
POSITIVISMO JURÍDICO-ÉTICO OU IDEOLÓGICO	Critério de validade formal; definição avalorativa do direito.	Critério determinado: a norma jurídica por ser válida é obrigatória; identificação dos critérios de validade e de validação.
POSITIVISMO JURÍDICO-TEÓRICO OU CONCEITUAL	Critério de validade formal; definição avalorativa do Direito.	Critério indeterminado.