
PREFÁCIO

Quais características uma obra jurídica deve possuir para tornar-se referência no tema a que se propõe analisar?

Deixo propositadamente essa pergunta na imaginação do leitor para nela igualmente transportá-lo aos inúmeros outros dilemas que permeiam a mente do autor ou autora ao escrever um livro, desde a sua concepção até ver, pronto e acabado, o primeiro exemplar: a elaboração do projeto; os temas a abordar; a coerência da argumentação; a qualidade da pesquisa; a natureza da abordagem; a resistência para não sucumbir à tentação da (falsa) erudição; a clareza do vocabulário.

Uma vez concluído o texto, as atenções se voltam ao projeto gráfico e, lançado, surgem outras dúvidas, como a repercussão na comunidade à qual se dirige, as opiniões e críticas.

Esse é o universo que compõe, com maior ou menor intensidade, o que se pode chamar de “angústia criativa” e se multiplica em progressão geométrica quando se trata de obra escrita a quatro mãos. Além das preocupações naturais já mencionadas, outras se somam: a escolha (correta) da parceria; a harmonia dos argumentos e das conclusões; a identificação de pontos em comum no pensar e no escrever, enfim, questionamentos cujas respostas surgem ao longo da “vida própria” que a obra vai aos poucos adquirindo.

Mas todas essas dúvidas rapidamente se dissipam ao se iniciar a leitura deste *Curso de Direito Constitucional do Trabalho*, de Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda e Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale.

A começar pela sólida formação acadêmica das autoras. Jovens nordestinas de origens diferentes (baiana e potiguar), em comum o Mestrado na Bahia (na Universidade Federal) e o Doutorado em São Paulo: na Universidade de São Paulo, Rosângela, e na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Sílvia, esta última com Pós-Doutorado na secular Universidade de Salamanca.

Contam ainda com experiência acumulada no magistério em instituições de ensino públicas e privadas e entidades outras, participação em conselhos editoriais, ampla produção científica por meio de artigos e livros. Também se aproximam no exercício da magistratura do trabalho: Sílvia no cargo desde 2007 e Rosângela com permanência por três anos; atualmente no Ministério Público do Trabalho.

Essa importante qualificação é o prenúncio – comprovado – da densidade científica da obra, cujo título denuncia o propósito de consolidar a construção dogmática em torno de um Direito do Trabalho calcado nas premissas e nos valores assentados na Constituição. Talvez até se pudesse falar que as autoras pretendem um novo Direito do Trabalho, fortalecido, densificado e dignificado, tal como deve ser o homem trabalhador, em função do valor emprestado pela Constituição de 1988 ao trabalho humano enquanto direito fundamental de natureza social.

Direito do Trabalho esse, diga-se de passagem, tão maltratado na atualidade, a começar pela equivocada – embora frequente – invocação da “Análise Econômica do Direito”, encontrada em decisões que insistem em desconstruir os pilares fundantes desse importante ramo do Direito e ignoram a dura realidade de quem labora para viver (ou sobreviver).

O livro é dividido em duas partes (*Geral e Especial*). A primeira delas se destina a situar o leitor na fase atual do constitucionalismo; para tanto, as autoras promovem uma ampla e densa retrospectiva dos diversos fundamentos filosóficos que antecederam e deram origem ao *neoconstitucionalismo*, ricamente analisado, como o jusnaturalismo racionalista, o racionalismo kantiano e o positivismo.

A reconstrução do papel do Estado mereceu atenção especial, desde a formação do Estado liberal até o Estado Constitucional de Direito, no modelo Pós-Social, e os princípios que o amparam, como vigas-mestras que lhes dão sustentação e fornecem ao intérprete a imprescindível estrutura valorativa encampada em 1988 a partir da qual deve ser lido e interpretado o sistema jurídico, pois, como afirma Carlos Ayres Brito, “*toda a principiologia fundamentante de uma Ordem Jurídica se inicia com a Constituição e daí é que se esparrama pelos demais setores do Direito*”⁽¹⁾

(1) BRITO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Forense, 2006. p. 170.

De igual modo, são fornecidas as imprescindíveis ferramentas da hermenêutica constitucional contemporânea, iniciada pela análise de sua própria crise e complementada com o estudo individualizado das diversas teorias que alimentam o pós-positivismo; com isso, solidificam a compreensão dos direitos assegurados ao trabalhador enquanto direitos sociais fundamentais, repita-se, dissecadas, como são, as suas premissas teóricas, a sua dimensão como sistema de valores e a plena e imediata incidência na relação de emprego, de modo a corroborar o que diz Guilherme Dray: “o Direito do trabalho, ainda que instrumentalizado por alguns desideratos econômicos que o ultrapassam, não pode perder de vista o essencial: a dignidade, a igualdade e a liberdade do trabalhador, enquanto cidadão que atua no mundo produtivo (*personality in work*)”.⁽²⁾ Esse, friso, um dos mais interessantes trechos da obra.

Capítulo específico que encerra a divisão foi dedicado ao Direito Internacional do Trabalho e a destacada atuação da Organização Internacional do Trabalho como instituição responsável pela produção de normas garantidoras de direitos mínimos aos trabalhadores em todo o mundo. Temas como incorporação ao direito interno, controle de convencionalidade e transconstitucionalismo não passaram despercebidos ao atento olhar das autoras.

A segunda e maior parte – *Parte Especial* – posso qualificar como uma espécie de “*dimensão viva dos direitos fundamentais aplicados à pessoa humana trabalhadora*”, por ser estudado, com profundidade, o vastíssimo campo de aplicação dos direitos fundamentais, específicos e inespecíficos, nas relações de trabalho.

Principia-se com a subordinação exatamente para estabelecer os limites constitucionais do controle da atividade produtiva do empregado. Percorre as suas diversas modalidades, as clássicas e as formas atuais de manifestação, com destaque para a visão crítica da “uberização” das relações de trabalho, o (falacioso, digo eu) discurso do empreendedorismo, o capitalismo de plataforma digital e o trabalho autônomo instituído pela “Reforma Trabalhista”.

O estudo dos direitos fundamentais inespecíficos do cidadão trabalhador merece atenta leitura pela riqueza do seu conteúdo.

Intrincadas questões jurídicas relacionadas às múltiplas dimensões da igualdade e não discriminação são tratadas com rigor científico: estereótipo, preconceito, discriminação e estigma, por exemplo, são aspectos não valorizados (dizem as autoras) e raramente estudados (acrescento) em obras jurídicas, o que também se verifica em temas correlatos, como modalidades de discriminação, *business necessity defense*, *disparate impact theory*, *bona fide occupational qualification*, prova estatística e ações afirmativas. Certamente o desejo foi não deixar de lado nada considerado relevante em cada tema.

A manifestação concreta da subordinação na relação de emprego por meio do poder diretivo igualmente confirma a solidez da obra e amplitude do seu conteúdo. Ainda que não seja rara em textos outros, é incomum encontrar abordagens que enfrentem as suas bases filosóficas, teóricas e normativas; dimensões; natureza jurídica; e limites, elementos necessários a embasar a proposta de solução para os casos difíceis que envolvem as diversificadas manifestações do direito fundamental à liberdade: de expressão e opinião; de crença e religiosa; política; de trabalho, ofício ou profissão; de agir; de locomoção e circulação; e de associação sindical.

Essa, aliás, é uma das características marcantes do livro: são revisitados os variados fundamentos, as correntes filosóficas e as múltiplas teorias que compuseram a formação do pensamento sobre cada instituto ou tema na sua dimensão histórico-evolutiva, de modo a possibilitar a compreensão do hoje a partir do ontem; o contemporâneo sem descurar do passado. Convém ressaltar, porém, que as autoras não se limitaram à mera recomposição da literatura: manifestam a sua posição, sobremaneira crítico-científica.

Nesse mesmo trilho, os grandes debates da atualidade em torno dos direitos fundamentais e relações de trabalho ganharam ênfase. Além dos exemplos já mencionados, podem ser acrescentados: privacidade e intimidade aplicadas nas entrevistas de emprego e seleção de pessoal; experiência, antecedentes criminais e cadastro em serviços de proteção ao crédito; proteção da informação genética do empregado aplicada aos exames médicos; imposição de exames toxicológicos e tratamentos médicos ou terapêuticos; revistas pessoal e íntima; vigilância eletrônica e proteção a mensagens eletrônicas; controle de idas ao banheiro; relacionamentos amorosos entre empregados; direito ao nome e à imagem do empregado; proteção de dados pessoais; devido processo legal e relações privadas; assédios moral e sexual; limites constitucionais à autonomia privada coletiva; meio ambiente do trabalho, nele incluídas a problemática do acidente do trabalho e a responsabilidade decorrente, e terceirização.

(2) DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da proteção do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2015. p. 551.

A pesquisa é vasta e o simples percorrer das referências possibilitará encontrar nomes clássicos e contemporâneos, brasileiros e de outros países, da Filosofia, da Sociologia e da Psicologia; do Direito: Constitucional, do Trabalho, Ambiental, Empresarial e Internacional Público; da Hermenêutica e da Administração; além de rica pesquisa na jurisprudência dos tribunais brasileiros e de outros países, nas normas nacionais e internacionais.

Por isso mesmo, os temas não são tratados “a voo de pássaro”. Aliás, se coubesse uma metáfora, diria que as autoras agiram tal como a “Águia-Pescadora”,⁽³⁾ capaz de, nas alturas, identificar o seu alvo, lançar-se em direção a ele e, com precisão em voo certo, mergulhar o necessário para atingi-lo.

Assim é o texto. A investigação é tão profunda e precisa quanto necessária para o que se propõe a ser não apenas um *manual*, mas um *manual de referência* no Direito Constitucional do Trabalho, cuja missão será influenciar as gerações de hoje e do amanhã a pensar criticamente o papel desempenhado pelo trabalho humano na sociedade contemporânea e fortalecer a convicção da necessidade de que cada um possa contribuir para a construção – ou reconstrução, quem sabe – de uma sociedade que prime por alcançar os valores ditados no Preâmbulo da Constituição, seja fraterna, pluralista, sem preconceitos e fundada na harmonia social.

Nesse estranho e diferente período de pandemia da COVID-19, todos tivemos a oportunidade de presenciar que, em tempos de indústria 4.0, novas formas de trabalho, trabalho por aplicativos, controle por algoritmos, sociedade pós-moderna, se mostrou igualmente importante a labuta de tantos quantos se expuseram e se expõem, com risco à própria vida, para garantir que a vida de outros continuasse e continue a ser vivida.

Não há sociedade sem trabalho humano; não há – ou não deve haver – trabalho humano sem proteção jurídica.

Posso, então, retornar à indagação inicial e, ao respondê-la, afirmo, sem medo de errar: pela qualidade que possui, este *Manual de Direito Constitucional do Trabalho* reúne todos os predicados para tornar-se referência nesse ramo do Direito. O tempo comprovará!

Boa leitura!

Brasília, janeiro de 2021

Cláudio Brandão

Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

(3) Nome científico *Pandion Haliaetus*, segundo a literatura especializada, é uma das únicas aves cosmopolitas do mundo (ocorre em todos os continentes, exceto na Antártica). Pode empreender voos da altitude de até 70m em direção a sua presa.

1.

ASCENSÃO E DECADÊNCIA DO JUSNATURALISMO E DO POSITIVISMO JURÍDICO

O presente capítulo debruça-se sobre os fundamentos filosóficos que se dicotomizam em momento pretérito ao surgimento do neoconstitucionalismo, com o escopo de deslindar os paradigmas que antecedem historicamente a atual normatividade dos princípios e a supremacia da constituição como *locus* da pauta axiológica mais relevante para uma determinada sociedade. Assim, pretende-se explicar o surgimento do jusnaturalismo, sua hegemonia e ocaso, bem como as críticas que lhe são dirigidas pelo positivismo, no século XIX, com a consequente ascensão de uma nova concepção de direito com viés cientificista e destituído de carga valorativa.

1.1 JUSNATURALISMO RACIONALISTA: CONTEXTO HISTÓRICO E TESES

O jusnaturalismo, em linhas gerais, é a concepção de que existem duas ordens jurídicas distintas: o direito natural, com normas imutáveis no tempo e no espaço, fundado em leis divinas ou na natureza do homem, a depender do contexto histórico, e o direito positivo, cambiante no espaço-tempo, decorrente das regras estabelecidas e engendradas pelas fontes de direito, especialmente as estatais. A concepção jusnaturalista de direito deita raízes na Grécia Antiga, a saber, na tradição aristotélico-tomista; os paradigmas que a alicerçam evoluem durante a Idade Média e são modificados nos séculos XVII e XVIII. Por esta razão, é possível afirmar a existência de três correntes jusnaturalistas, que se sucederam historicamente: o jusnaturalismo cosmológico, jusnaturalismo teológico e jusnaturalismo racionalista.

São postulados comuns a toda concepção jusnaturalista: a) a dualidade do direito, implicando a existência de um direito natural, fundado em Deus ou na nature-

za, mas não construído pelo homem, e um direito positivo, posto por um agente ou processo competente; b) a derivação e fundamentação das normas positivas, pois o direito natural é a fonte de reconhecimento jurídico e de legitimidade aos materiais normatizados; c) o caráter universalista do direito natural, vez que suas prescrições afetam a todos, individual ou coletivamente, qualquer que seja a conformação societária e seu contexto histórico ou geográfico; d) a cognoscibilidade, porquanto o direito natural, ao menos em seus princípios basilares, está indelevelmente inscrito nas consciências dos homens, e pode ser conhecido por qualquer indivíduo, independente da sua cultura; e) a limitação à atividade do legislador, que não pode desbordar de seus parâmetros, já que fixados por Deus ou pela razão humana.

O direito natural, destarte, funcionou durante séculos como critério de legitimação do direito positivo, por funcionar como uma tese de filosofia ética ao sustentar que existem princípios morais de justiça que são universalmente válidos e imutáveis.

As primeiras manifestações do jusnaturalismo ocorreram na Grécia, sendo possível asseverar que a primeira aparição da ideia de direito natural aconteceu na obra *Antígona*, de Sófocles⁽¹⁾. O ser humano cultiva o entendimento, desde os primórdios da civilização, de existência de leis não escritas, iniludíveis, das quais não se pode afirmar nem onde ou quando surgiram, mas que transcendem fronteiras e ditam o que é justo por natureza, ou seja, o que é justo conforme a razão. O jusnaturalismo cosmológico fundamenta-se na ideia de que o direito natural, à semelhança das leis que dinamizam o próprio universo, também é imutável e perfeito. Esta concepção clássica coaduna-se com o mundo das ideias platônico, para quem o mundo sensível, real, que pode ser apreendido pelos

(1) SCHÜÜR, Aline Muriene Eloy. *Da relação entre o direito e a moral nas teorias positivistas e pós-positivistas*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Porto, p. 20.

sentidos, é apenas uma cópia imperfeita do mundo ideal. Transpondo-se o pensamento para o contexto jurídico, o direito natural é o direito ideal e o direito positivo é apenas a sombra deste mundo ideal, sendo mutável e imperfeito. Esta doutrina permaneceu inalterada no período compreendido entre o século V a. C. até o seu resgate pelos filósofos medievais, no século XIII, com nova fundamentação.

Enquanto o jusnaturalismo cosmológico estava fundado na razão, o jusnaturalismo da Idade Média alicerça o direito natural em Deus, em estrita consonância ao cristianismo. Assim, o direito natural seria a parcela da lei eterna (apenas acessível a Deus) na criatura racional, ao passo que o direito positivo seria tipicamente humano e deveria se espelhar no direito natural, possuindo este precedência e superioridade sobre aquele.

A modernidade inaugura-se, historicamente, com a queda de Constantinopla, no ano de 1453, porém vem a florescer na Europa nos séculos XVII e XVIII. O fim da era medieval marca uma grande ruptura com o pensamento filosófico hegemônico a partir da perda de poder político pela Igreja Católica e com o surgimento do antropocentrismo.

A concepção do jusnaturalismo teológico foi gradativamente substituída a partir do século XVII pela teoria do direito natural, fundado no subjetivismo, racionalismo e procedimentalismo.

Há quatro eventos históricos imbricados que antecedem esta transição e que não podem ser olvidados pelo jurista: o fim da hegemonia da Igreja Católica, a conquista das Américas, o início do desenvolvimento do capitalismo como sistema econômico e a afirmação do Estado nacional.

A Reforma Protestante, que teve início em 1517, com a publicação das teses de Martinho Lutero na porta da igreja do Castelo de Wittenberg, rompeu a unidade do cristianismo no Ocidente e lastreou o surgimento de uma nova classe social: a burguesia. Com efeito, a centralização monárquica que ocorria na Europa desde o final da Idade Média criou tensões extremas entre os reis e a Igreja, pois os tributos cobrados dos senhores feudais eram centralizados em Roma pelo Papa. Os monarcas absolutistas tentavam reter estes impostos em seus domínios e não os encaminhar para a cúpula da Igreja. Ademais, os cânones católicos condenavam a usura, ou seja, o empréstimo de dinheiro a juros, bem como o lucro obtido pela comercialização de produtos, o que desagradava a burguesia ainda incipiente.

De outra sorte, a conquista de territórios além-mar coloca para os juristas problemas nunca dantes imaginados em tão grande escala, tais como o direito de propriedade, de posse, o direito de conquista e descoberta, a regulação do tesouro e do direito de trânsito nos mares. O capitalismo comercial, também denominado de pré-capitalismo por alguns historiadores, tem início com as grandes navegações e a expansão marítima europeia. O acúmulo de riquezas era gerado através do comércio de especiarias e matérias-primas exploradas na colônias e terras recém-descobertas.

A centralização do poder político nos Estados nacionais também promoverá um afastamento do jusnaturalismo de seu fundamento teológico, pois o direito precisava ser um meio eficaz e racional de domínio da razão instrumental e estratégica, que é capaz de operar a relação entre meios e fins previamente estabelecidos.

O jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII floresce em um meio individualista e contratualista, vez que a sociedade passa a ser conceituada como a soma de indivíduos isolados que se organizam em um contrato social ao qual devem obedecer para desenvolvimento e prosperidade econômica. O agir ético, portanto, é de fulcral relevância social, na medida em que, pelo cumprimento das regras e obediência a procedimentos, o sujeito se socializa e são detidos os seus impulsos egoístas e violentos inatos. Ao soberano incumbe, desta sorte, a manutenção da paz entre os súditos (não a realização da justiça) e a consecução de objetivos econômicos.

O direito natural moderno possui as seguintes características: a) é leigo, porque é elaborado por filósofos laicos e não por teólogos; b) é racional, porque seu único instrumento de obtenção da verdade é a razão humana, e não uma relação divina ou transcendental; c) é pragmático, porque somente se ocupa de questões práticas e de objetivos a serem alcançados; d) é individualista, pois apenas se preocupa com o indivíduo e com o seu benefício, pois entende que o sucesso individual, somado ao sucesso dos demais membros, tornará exitosa e próspera a sociedade; e) visa a assegurar a liberdade individual (liberalismo), pois o ser humano é titular de direitos inerentes anteriores ao Estado (inatismo).

É com Hugo Grotius que se define o princípio básico do naturalismo moderno: a verdadeira lei é uma reta razão, congruente, perdurável, que impulsiona com os seus preceitos a cumprir o dever e a

proibir o mal⁽²⁾. Hugo Grotius sustentou que o direito natural está na origem de todas as convenções e que, para florescimento de uma civilização, é imperioso o estabelecimento e cumprimento dos contratos. O direito, por conseguinte, funda-se na moral, sendo esta acessível pela razão. Prescreve ainda quatro princípios que se tornarão o embrião do direito civil contemporâneo: a) é preciso abster-se do bem material de outrem, restituir o que se tomou ou o proveito que se retirou dele; b) o indivíduo é obrigado a manter a palavra empenhada; c) o indivíduo deve reparar o dano causado por sua falta e d) a violação de regras merece punição, mesmo que da parte dos homens⁽³⁾. Em suma, o direito como *qualitas moralis* é composto por três elementos: o poder sobre si mesmo ou sobre o outro, a propriedade plena ou imperfeita e a faculdade de exigir seu débito.

Hugo Grotius foi o precursor do conceito de propriedade como algo inerente à natureza humana, que não pode lhe ser retirado sem o seu consentimento, o que será retomado no liberalismo de John Locke. Também criou a dicotomia entre soberania interna e externa; a soberania interna é exercida em benefício dos cidadãos, para utilidade do bem comum; a soberania externa é a afirmação de autonomia em relação ao outro Estado. Sustentou também que não é admissível a intromissão de um Estado nos assuntos interno de outro Estado soberano, tese que fundamenta todo o direito internacional. As contribuições de Grotius ao direito, que embasaram o liberalismo contemporâneo, são a compreensão da justiça como uma questão de observância e exercício de direitos individuais (individualismo), a separação entre o direito e a religião (secularização do direito) e reconhecimento da possibilidade de existência de formas de governo diversas e igualmente legítimas, criadas por diferentes povos, no exercício de seus direitos em diferentes circunstâncias (tolerância).

O jusnaturalismo teve grande influência na formação de uma racionalidade de tolerância religiosa, em decorrência principalmente da sua negação de fundamento teológico para o direito justo. O direito natural identifica-se com uma ética jurídica assentada na dignidade como característica inata e inerente

a todo ser humano. Exsurge a necessidade de aceitação e respeito aos valores da dignidade humana como imperativo de qualquer civilização.

Na concepção jusnaturalista, de modo geral, o direito natural seria formado por um conjunto de princípios éticos e de justiça que estariam insculpidos na consciência dos homens desde o seu nascimento, não havendo que se cogitar da concessão de direitos pelo Estado. O Estado não confere nenhum direito ao homem; todo ser humano já nasce com direitos por pertencer à racionalidade humana. Embora os indivíduos variem entre si, a natureza humana é universal e imutável, sendo também estas as características da lei natural que a governa.

O absolutismo monárquico, contudo, conservou ainda alguns traços do feudalismo, em especial a cobrança de tributos extorsivos dos súditos, o que desagradou a burguesia e a insuflou contra o antigo regime, ainda corporativista, estamental e tradicional. O direito natural, portanto, tornou-se o combustível ideológico para derrocada dos reis absolutistas, que plasmavam um poder político ainda pautado na tradição e nos costumes, em uma era de pré-capitalismo.

Por esta razão, é possível afirmar, com escólio em Lima Lopes⁽⁴⁾, que a revolução burguesa, francesa ou americana, será travada com invocação do direito natural como arma de combate contra o edifício jurídico-institucional do Antigo Regime. O jusnaturalismo foi a doutrina jurídica que fundamentou o surgimento e o ocaso do Estado absolutista.

1.2 O RACIONALISMO KANTIANO E SUA INFLUÊNCIA NO JUSNATURALISMO MODERNO

A racionalização do jusnaturalismo encontra na obra de Kant seu mais profundo grau de sofisticação intelectual. O criticismo filosófico procura conciliar o empirismo e o realismo, produzindo um racionalismo que reorienta os rumos da filosofia ocidental. Conquanto tenha se debruçado sobre a questão da origem do conhecimento, sua validade e limitações (metodologia científica), Kant conferirá a sua maior contribuição ao direito ao fazer digressões éticas sobre o homem e a lei moral.

(2) GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 41.

(3) GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 39.

(4) LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 169.

Kant criou uma ética baseada no postulado de que os fins não justificam os meios; os seres humanos são um fim em si mesmos e não podem ser usados como instrumentos, como meios para obtenção de algo. Sufraga o autor a ética da alteridade, que respeita e valoriza o outro, fazendo o que é certo de acordo com o exame da razão, dos juízos sintéticos *a priori*. A razão determina quando e como agir; este agir, por seu turno, é livre e não depende de um estímulo externo, lei positivada ou coação. O homem que age moralmente deverá fazê-lo não por visar à realização de outra coisa, mas pelo simples fato de colocar-se de acordo com a máxima ética. O agir livre é o agir moral. O agir moral é o agir de acordo com o dever. Para Kant, uma ação é certa quando realizada por um sentimento de dever e não de utilidade, interesse ou conveniência.

O agir ético tem um único móvel: o cumprimento do dever pelo dever. Somente a ação que é, além de conforme ao dever (exteriormente), cumprida, porque se trata do dever, pode ser qualificada de ação moral⁽⁵⁾. Ana Lúcia Sabadell⁽⁶⁾ aponta algumas consequências deste entendimento kantiano: a) rejeição de qualquer argumento de autoridade, sem fazer um exame de sua justificação; b) rejeição de qualquer decisão tomada por uma maioria se não for pautada na razão humana; c) rejeição da força, pois os cidadãos possuem o direito de resistir a ordens que considerem contrárias aos imperativos da razão; d) rejeição dos interesses e desejos pessoais como justificativas de uma ação, pois o indivíduo deve agir de forma que a sua ação possa ser adotada como regra geral (e somente pode ser adotada como regra geral uma ação individual que não cause danos a outrem e promova o bem estar geral). Norberto Bobbio sintetizou a concepção kantiana de direito:

1. o direito pertence ao mundo das relações externas;
2. ele se constitui na relação de dois ou mais arbítrios;

3. a sua função não é de prescrever este ou aquele dever substancial com relação aos sujeitos dos vários arbítrios, mas de prescrever-lhes a maneira de coexistir, ou seja, as condições por meio das quais o arbítrio de um possa coexistir com o arbítrio de todos os outros.

De fato, podemos dizer que, segundo Kant, o direito é a forma universal de coexistência dos arbítrios dos simples. Enquanto tal, é a condição ou o conjunto de condições segundo as quais os homens podem conviver entre si, ou o limite da liberdade de cada um, de maneiras que todas as liberdades externas possam coexistir segundo uma lei universal. Finalmente, o direito é o que possibilita a livre coexistência dos homens, a coexistência em nome da liberdade, porque somente onde a liberdade é limitada, a liberdade de um não se transforma numa não liberdade para os outros, e cada um pode usufruir de uma liberdade igual à dele⁽⁷⁾.

Em síntese, as pretensões jurídicas destinam-se à regulação da conduta, para que seja alcançada a finalidade maior: a coexistência pacífica entre as vontades e as liberdades humanas. O direito natural ou racional, para Kant, é o conjunto de leis jurídicas cuja obrigatoriedade pode ser estabelecida *a priori*; o Direito positivo ou estatuído, ao contrário é o que dimana da vontade de um legislador⁽⁸⁾. As leis naturais são oriundas da metafísica dos costumes e da racionalidade prática, e são anteriores a qualquer imposição de autoridade humana. Em face deste dualismo entre as esferas jurídicas (direito natural e direito positivo), pode-se asseverar indubitavelmente o jusnaturalismo no pensamento de Kant e a sua profunda influência do iluminismo, ao passo que se constituiu em fundamento teórico para o liberalismo político que se seguiu à revolução burguesa, tanto francesa quanto americana. O direito, para Kant, tem apenas a função de assegurar a pacificação social, deixando a liberdade inerente à natureza humana a função de

(5) SERRA, Antonio Truyol y. *História da filosofia do direito e do Estado*. Tradução de Henrique B. Ruas. Lisboa: Instituto de Novas Profissões, 1990, p. 363.

(6) SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

(7) BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento Emmanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 3. ed. Brasília: UNB, 1995, p. 157.

(8) SERRA, Antonio Truyol y. *História da filosofia do direito e do Estado*. Tradução de Henrique B. Ruas. Lisboa: Instituto de Novas Profissões, 1990, p. 367.

orientar a sua conduta; o Estado, por conseguinte, tem uma função meramente de garantidor das liberdades individuais (atuação negativa do Estado, no sentido de coibir violações da ordem e do descumprimento das leis), não se cogitando da prestação de serviços ou de implementação de políticas públicas para concretização de direitos fundamentais (atuação positiva do Estado, de planejamento da economia e de direcionamento para atividades à realização do bem comum, que somente ocorrerá com o Estado social). Kant retira da felicidade o lugar de centralidade na vida humana e coloca o dever como objetivo primaz da existência – o dever apriorístico, racional e universal.

Conclui-se, portanto, que o jusnaturalismo kantiano já está imbuído, conquanto ainda de modo incipiente, das teses que irão fundamentar o Estado mínimo do liberalismo e toda a racionalidade jurídica que se tornará hegemônica após o fim da era moderna.

1.3 O JUSNATURALISMO E AS REVOLUÇÕES BURGUESAS

O jusnaturalismo do século XVII abandona o fundamento teológico do direito natural e alicerça-se na razão prática como substrato legitimador dos direitos inerentes ao ser humano, que são inatos e não dependem da concessão ou autorização de um governo ou Estado. Esta pretensão de universalidade será o combustível ideológico dos movimentos revolucionários liberal-burgueses do século XVIII, que tencionam a queda do poder político monárquico e a instituição de um Estado apenas voltado para a garantia de liberdades individuais para uma elite econômica, sob um discurso libertário da tirania do rei.

Tanto a Revolução Francesa quanto a Americana⁽⁹⁾ apropriam-se do jusnaturalismo racionalista do século XVII e do iluminismo, como movimento filosófico refratário à Igreja e ao poder monárquico, para

insuflar os discursos contra a ordem jurídica do Estado absolutista. O texto da Declaração de Independência das Treze Colônias, de 1776, é paradigmático:

Quando no curso dos acontecimentos humanos se torna necessário para um povo dissolver os vínculos políticos que o ligavam a outro, e assumir, entre as nações da terra, a posição separada e igual a que lhe dão direito as leis da natureza e as do Deus da natureza, um digno respeito pelas opiniões da humanidade exige que declare as causas que o levam à separação.

Nós consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens foram criados iguais, que foram dotados pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes se encontram a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Que com o fim de assegurar estes direitos, instituem-se os governos entre os homens, derivando os seus justos poderes do consentimento dos governados. Que sempre que qualquer forma de governo se torna destrutiva destes fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la, e instituir um novo governo, baseando-se em tais princípios, e organizando os seus poderes na forma que lhe pareça mais adequada para garantir a sua segurança e felicidade⁽¹⁰⁾.

O iluminismo sufragava a ideia de que a Idade Média, fundada na extrema religiosidade e na autoridade da tradição, representou a idade das trevas para a humanidade, incumbindo aos filósofos de então a missão de trazer as luzes da razão, da ciência e do conhecimento para iluminar as civilizações. Prepondera então a imagem do progresso linear e contínuo, fazendo com que a autoridade estatal seja pautada no contrato ou no consentimento dos súditos, agora galgados ao patamar de cidadãos. Os governos deveriam ser norteados pela impessoalidade e pelos princípios fundamentais, aplicando as normas jurídicas com

(9) “O final do século XVIII foi uma época de crise para os velhos regimes da Europa e seus sistemas econômicos, e suas últimas décadas foram cheias de agitações políticas, às vezes chegando a ponto da revolta, e de movimentos coloniais em busca de autonomia, às vezes atingindo o ponto da secessão: não só nos EUA (1776-83) mas também na Irlanda (1782-4), na Bélgica e em Liège (1787-90), na Holanda (1783-7), em Genebra e até mesmo na Inglaterra (1779). A quantidade de agitações políticas é tão grande que alguns historiadores mais recentes falam de uma ‘era da revolução democrática’, em que a Revolução Francesa foi apenas um exemplo, embora o mais dramático e de maior alcance e repercussão”. Excerto de HOBBSAWM, Eric J. *A era das revoluções: 1789-1848*. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 84.

(10) ESTADOS UNIDOS. *Declaração Unânime dos Treze Estados Unidos da América*. Tradução de Salvador Mourelo. Disponível em: <http://agal-gz.org/faq/lib/exe/fetch.php?media=gze-ditora:declaracao_da_independencia_eua.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2020.

igualdade para consecução do bem comum da nação – a soberania passa então a ser fundamentada no ente abstrato denominado nação ou povo, não mais estando calcada no senhor territorial ou no monarca. A nação é um conceito racional e ao mesmo tempo histórico, mantida coesa pelo fundo contratual originário e com permanência ao longo do tempo. O iluminismo criticava os privilégios estamentais da nobreza, a propriedade feudal, o poder os reis e o clericalismo. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu preâmbulo, ratifica os ideais do jusnaturalismo racional e iluminista:

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral⁽¹¹⁾.

O jusnaturalismo racional e iluminista, a cultura urbana e a burguesia em ascensão são os contextos ideológicos e econômicos que ensejam a deflagração da Revolução Francesa, com o apoio das massas camponesas.

Observa-se que o texto da Declaração de Independência dos Estados Unidos é um exemplo da filosofia do direito natural moderno incorporado ao discurso político-jurídico, mas não há menção ao direito de propriedade; ao revés, o texto americano refere-se à

busca da felicidade como direito inalienável de todo ser humano. O direito de propriedade, na Declaração Francesa, adquire os adjetivos de sagrado e inviolável⁽¹²⁾. Assim, para o jusnaturalismo racionalista, os direitos fundamentais e subjetivos não decorrem de um arranjo social, político, governamental, organizacional ou econômico que os precede – são inatos e decorrem da razão humana.

É imperiosa, todavia, uma digressão crítica a cerca dos acontecimentos históricos relatados. Os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, que fundamentaram as revoluções burguesas, em especial a francesa, não tinham por objetivo colocar o povo no poder, mas apenas insuflá-lo à revolução, para que fosse possível enfrentar e derrotar o poder político e militar dos reis absolutistas. A burguesia não teria conseguido esta vitória sozinha, mesmo com todo o capital que detinha, pois precisava de braços armados e mobilizados para enfrentamento das tropas reais. Era imprescindível, portanto, que as pessoas das camadas mais pobres da população se convencessem de que finalmente teriam os seus direitos respeitados e de que haveria uma melhora significativa na sua condição de vida, pois somente a partir deste convencimento estariam dispostas a uma guerra civil. Assim, a burguesia convenceu as camadas populares do ideário da revolução; em verdade, tratava-se de um engodo para que fossem destronados os reis e assumissem em seu lugar governantes alinhados com o individualismo, o liberalismo, a redução de impostos e o livre comércio. Em outras palavras, uma vez vencido o absolutismo e o poder da Igreja, através de revoluções que contaram com a participação do povo, a burguesia afastou as classes populares do poder e providenciou a “domesticação” do direito natural. Por esta razão, é possível utilizar a expressão “combustível ideológico” para o jusnaturalismo e iluminismo – uma vez findo o incêndio da revolução burguesa, o ideário foi reinterpretado em termos mais formalistas, instrumentalistas e liberais.

(11) FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 19 jun. 2020.

(12) O art. 17 expressamente dispõe: Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização. FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 19 jun. 2020.

1.4 O POSITIVISMO E A CRÍTICA AO JUSNATURALISMO

A vitória das forças revolucionárias originou o movimento de codificação do direito, cujo ápice foi materializado no Código Civil de Napoleão, de 1804. O direito natural, desta sorte, deixou de apresentar um caráter revolucionário; estava agora “domesticado e ensinado dogmáticamente”⁽¹³⁾. Com a formalização do direito natural, os doutrinadores passaram a se dedicar apenas aos códigos e sua exegese, reputando os denominados direitos inerentes à razão humana, atemporais e absolutos, como anticientíficos e metafísicos. Por esta razão, a codificação implementada ao final das revoluções liberais burguesas representou o ocaso do jusnaturalismo – que foi o grande discurso para inflamação das massas populares – e a ascensão do positivismo.

Neste contexto, os códigos encontravam-se no epicentro de todas as discussões jurídicas, relegando-se à Constituição, e em especial aos princípios, papel secundário na formação da decisão e da doutrina jurídicas. É o momento histórico de maior apogeu do Código Civil, em que o juiz é um simples revelador das verdades gerais e abstratas contidas na lei. Na lição de Luís Roberto Barroso:

Surgem os mitos. A lei passa a ser vista como expressão superior da razão. A ciência do Direito – ou, também, teoria geral do Direito, dogmática jurídica – é o domínio asséptico da segurança e da justiça. O Estado é a fonte única do poder e do Direito. O sistema jurídico é completo e autosuficiente: lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, pela analogia, pelos princípios gerais. Separado da filosofia do direito por incisão profunda, a dogmática jurídica volta seu conhecimento apenas para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre o seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade⁽¹⁴⁾.

O termo positivismo não é unívoco e muitas vezes é utilizado para designar diversas escolas jurídicas inauguradas após as revoluções burguesas do final do século XVIII, que culminaram com o positivismo de Hans Kelsen, no início do século XX.

No início do século XIX, logo após o advento do Código Civil de Napoleão, em 1804, surge na França a Escola de Exegese, que se caracteriza por reduzir o papel do intérprete à simples dicção e repetição do texto da lei, que seria capaz de açambarcar todo o conteúdo da vida social. Destarte, o juiz é a “boca da lei” e não pode assumir papel criativo na interpretação ou aplicação do texto legal. A Escola de Exegese sustenta a supremacia da codificação acima de tudo, advogando alguns dos seus defensores que, na hipótese de lacuna da lei, deveria o juiz se abster de julgar – a maioria dos exegetas, porém, defende a utilização da analogia, para colmatação de lacunas. A interpretação deve buscar o sentido literal e gramatical das expressões e tem como objetivo investigar a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*) pois somente este, agindo em nome da nação soberana, possuiria o poder de criação do direito.

Prima facie, o intérprete deveria utilizar o método gramatical e, em um segundo momento, o método lógico-sistemático, a fim de conferir organicidade ao ordenamento jurídico, visto como uma totalidade sistemática e harmoniosa. Para pesquisa da vontade do legislador, caso os métodos anteriores não fossem capazes de resolver a questão, deveriam ser buscados os trabalhos legislativos preparatórios, a exposição de motivos, as discussões parlamentares, a tradição histórica e o costume. A Escola de Exegese, que predominou durante todo o século XIX, espalhou sua influência por toda a Europa continental e demais países ocidentais, tendo influenciado sobremaneira a Escola Analítica da Inglaterra.

O positivismo alcançou o seu apogeu, entretanto, com a obra de Hans Kelsen, na década de 1930, sendo denominado a partir de então de positivismo normativista, em face do pensamento antagônico a qualquer teoria naturalista, metafísica, sociológica, histórica ou antropológica do direito.

O que há de comum em todas as correntes positivistas é a assepsia axiológica do direito. A sua grande contribuição, portanto, consistiu em separar do direito todo o conhecimento que anteriormente se encontrava a ele amalgamado, como a sociologia, a moral, a ética etc. Neste sentido:

(13) LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 197.

(14) BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 01-48.

A atitude da Teoria Pura do Direito é, inversamente, uma atitude inteiramente objetivista-universalista. Ela dirige-se fundamentalmente ao todo do Direito na sua objetiva validade e procura apreender cada fenômeno particular apenas em conexão sistemática com todos os outros, procura em cada parte do Direito apreender a função do todo jurídico. Neste sentido, é uma concepção verdadeiramente orgânica do Direito. Mas, se concebe o Direito como organismo, não entende por tal qualquer entidade supra-individual, supra-empírica-metafísica – concepção essa por detrás da qual se escondem quase sempre postulados ético-políticos – mas única e exclusivamente: que o Direito é uma ordem e que, por isso, todos os problemas jurídicos devem ser postos e resolvidos como problemas de ordem. A teoria jurídica torna-se, assim, numa análise estrutural do Direito positivo, o mais possível liberta de todo juízo de valor ético-político⁽¹⁵⁾.

O positivismo rejeita, em linhas gerais, a dualidade ínsita à concepção de direito natural, na medida em que afirma que todo direito é direito positivo (concepção monista), na medida em que se trata de um produto cultural produzido pela criação humana, não existindo demonstração de existência de normas jurídicas que tenham sido produto da natureza ou que estejam situadas fora da história. Na construção teórica do positivismo não há espaço para a metafísica. A validade jurídica, portanto, não é uma questão de valor e jamais pode estar sujeita a considerações e argumentos de índole moral. Preconiza-se, desta sorte, uma total separação entre direito e moral, não sendo possível a contribuição desta nem como critério de legitimação do direito e nem como critério de interpretação das normas.

Considerando que o positivismo conceitua o direito como um sistema fechado de regras, e estando as normas em posição central em sua teoria, conclui-se que o conceito chave positivista é precisamente o de validade jurídica. Ora, se os conceitos de justiça e de direito devem ser apartados, então se torna imperiosa a indicação de um outro fundamento de legitimação para o cumprimento das normas de um determinado ordenamento jurídico.

A validade da norma é aferida de acordo com a sua conformação ao devido processo legislativo, ou seja, deve-se perquirir se a sua criação obedeceu aos cânones de regularidade de inserção no sistema jurídico, tais como aqueles referentes ao rito, iniciativa, hierarquia, estrutura e lógica de produção normativa. Ser válida não significa ser correta ou incorreta, verdadeira ou falsa, justa ou injusta; a norma válida pode ser injusta ou incorreta, desde que tenha obedecido lididamente ao processo de derivação e de fundamentação das normas jurídicas. Assim, as normas de menor hierarquia derivam das normas de maior hierarquia, ao passo que as normas de maior hierarquia fundamentam as normas de menor hierarquia. A derivação, portanto, importa em uma sequência lógica de recíprocas relações de validade entre as normas, até chegar ao seu último e mais alto degrau: a norma fundamental, ou Grundnorm, na dicção de Kelsen. A norma fundamental nada mais é do que o fundamento último de validade de todo o sistema jurídico – e se constitui no verdadeiro calcanhar de Aquiles da teoria positivista, como se observará adiante.

Para Kelsen, o sistema jurídico é unitário, fechado, completo e autossuficiente, nada faltando para o seu aperfeiçoamento. Uma eventual abertura para elementos extrajurídicos (moral, filosofia, sociologia, história, ética etc) representaria um comprometimento da sua rigidez e completude. A norma jurídica é o único elemento que pode conferir segurança à teoria do direito, não havendo que se discutir sobre o conteúdo axiológico que veicula. Não importa, nesta ordem de ideias, se a norma jurídica tem por finalidade a concretização de direitos fundamentais indisponíveis ou se os viola por completo; se for válida, ou seja, se tiver sido criada de acordo com as regras do sistema normativo, será eficaz e aplicável.

O direito, portanto, é um sistema hierárquico de normas⁽¹⁶⁾; toda a ordem jurídica requer uma digressão regressiva até a norma fundamental. Impende destacar, porque oportuno, que a norma fundamental não é a Constituição de um Estado e também não existe historicamente ou fisicamente; trata-se de um pressuposto lógico do sistema, um *input* teórico que tem por finalidade conferir logicidade ao sistema – ou, nas palavras de Tércio Ferraz Júnior, é um princípio lógico que

(15) KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 134.

(16) KELSEN, Hans. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 215.

organiza o sistema⁽¹⁷⁾. Caso não houvesse sido criada a ideia da norma fundamental por Kelsen, o sistema jurídico estaria fundamentado, em última instância, em um dado metafísico, na vontade de Deus, na justiça ou na razão humana, o que não se admite no positivismo. A finalidade da norma fundamental, portanto, é a de estancar a regressão da validade das normas.

A aplicação do direito, na teoria positivista, é uma simples questão de lógica, de subsunção do fato ao enunciado normativo. O juiz, por conseguinte, não cria o direito. Com escólio em Castanheira Neves,

[...] pois se o direito vai dado prévia e absolutamente na lei, o jurídico esgotar-se-ia com o conhecimento do conteúdo preceptivo da norma legal, e o que o juiz competia fazer a partir daí (uma vez obtido esse conhecimento de ‘o direito’) já não poderia oferecer a estrutura constitutiva e noética de um juízo jurídico, mas apenas a estrutura analítica e dedutiva de um juízo puramente lógico. Que o mesmo é dizer que a aplicação do direito, verdadeiramente, não punha um problema jurídico, exigindo uma normativa ponderação, e sim um mero problema lógico, a bastar-se com uma simples dedução⁽¹⁸⁾.

O positivismo também é pródigo nas críticas ao jusnaturalismo.

Segundo Norberto Bobbio⁽¹⁹⁾, não é admissível a existência de um sistema de valores imutáveis dos quais possa derivar a ordem jurídica humana – não há unanimidade sobre o conceito de natural, muito menos o de justiça. Assim, o direito natural não assegura segurança e paz social, na medida em que o seu atributo de eficácia pode ser discutido, por ter conteúdo valorativo. Bobbio também critica o direito natural em relação à tese de que os seus postulados seriam conhecidos diretamente pela razão, sem intermediários – o jusnaturalismo, porém, não fornece respostas adequadas quando pessoas distintas, acessando diretamente suas respectivas mentes racionais, chegam a conclusões diferentes sobre determinada questão jurídica.

Kelsen, por sua vez, não nega a existência de valores morais, mas afirma que o conhecimento que se pode obter destes valores não é científico e, portanto, está fora do alcance da ciência jurídica. Isto não significa que Kelsen não está preocupado em discutir o conceito de justiça; ao revés, assevera que toda discussão opinativa sobre valores está restrita ao campo da ética. A sua principal crítica ao jusnaturalismo reside no critério de validade da norma postulado pelo direito natural: a justiça. Segundo o jusnaturalismo, se uma norma não é justa, não é válida, o que para Kelsen representa um equívoco inquestionável e uma confusão despropositada entre o conteúdo valorativo da justiça e a validade da norma.

Enfim, as assertivas metafísicas do jusnaturalismo não podem ser refutadas simplesmente porque não são verificáveis e nem podem ser provadas cientificamente. A definição dos postulados jurídico-morais a serem concretizados pelo direito positivo é arbitrária, no jusnaturalismo – uma vez que a teoria recorre ao que é eterno e imutável, retira do legislador a responsabilidade na criação do direito. As doutrinas elaboradas com fulcro no direito natural são ideologizadas e têm por escopo atender aos interesses e circunstâncias de quem detiver o poder político naquele momento histórico específico, segundo o positivismo.

As diretrizes e respostas do jusnaturalismo são tão variadas e repletas de discordância quanto as do relativismo filosófico. O paradigma jusnaturalista não retira do indivíduo a responsabilidade por suas escolhas, mas lhes confere ilusoriamente uma correção e validade de escolhas provenientes de Deus, da natureza ou da razão. Destarte, recorre-se à teoria do direito natural para fundamentação da justiça ou injustiça de uma decisão, quando deveria o indivíduo recorrer à ética para solução destes problemas. Para Kelsen, não existe um direito natural uno, homogêneo, imutável, universal, justo, aplicável a todos os homens, válido em todos os tempos e lugares⁽²⁰⁾.

No afã de delimitar o direito justo, o jusnaturalismo termina por não oferecer respostas satisfatórias acerca dos liames entre direito, legitimidade e justiça,

(17) FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 176.

(18) NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto, questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967, p. 110.

(19) BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 127.

(20) KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2001, p. 161.

o que enseja um certo embaraço epistemológico à doutrina, ante a sua imprecisão e abstração. Segundo Bobbio, o direito injusto também é válido, aplicável e eficaz – reduzir a validade do direito à justiça origina a depreciação dos valores da certeza e da segurança⁽²¹⁾.

Muito além das críticas ao jusnaturalismo, o positivismo parte da distinção entre causalidade e imputação. Segundo Kelsen, as ciências naturais (físico-matemáticas) são regidas pela lógica da causalidade – dado A, será B. Em outras palavras, os fenômenos das ciências naturais são previsíveis e a relação entre causa e efeito é regular. Nas ciências sociais (humanas, dentre as quais o direito), contudo, vige a lógica da imputação – dado A, deve ser B. A condição e a consequência, no direito, são interligadas pela imputação de uma sanção a um comportamento desviante, que pode ou não acontecer na realidade fática. A estrutura do pensamento kelseniano está fulcrada na distinção entre a lógica do ser e do dever-ser, sendo esta última a metodologia a ser adotada pelo cientista jurídico.

A teoria pura somente se ocupa com o direito posto, não se interessando pelos fatos e valores que lhe são subjacentes. A finalidade da ciência jurídica não é julgar o direito positivo, mas tão somente conhecê-lo em sua essência e compreendê-lo mediante análise de sua estrutura lógico-imputativa⁽²²⁾.

Para Kelsen, há uma identificação entre direito e Estado, pois todo Estado é em verdade um ordenamento jurídico centralizado; se a ordem jurídica não for centralizada, não há Estado⁽²³⁾. No positivismo, a noção de validade jurídica está intimamente relacionada à de autoridade constituída pelo poder estatal. Não há um critério material de validade da norma, mas apenas um critério formal. Se, em um caso concreto, não há norma específica para solução do conflito, deve o juiz ainda assim sentenciar, pelo princípio de vedação do *non liquet*. Neste caso, deverá recorrer à analogia para solução do caso concreto.

Consustanciam o núcleo central da teoria positivista os seguintes postulados: a) o direito é particular a determinado contexto histórico, tendo como nota a variabilidade; b) somente as normas postas por autoridade competente são normas jurídicas;

c) o conhecimento jurídico é um conhecimento científico, ou seja, advoga-se a neutralidade científica no campo do direito; d) somente existe o direito positivo, não se cogitando da existência do direito natural; e) o direito é um conjunto de regras a serem emanadas do Estado, com previsão de sanções que garantam a sua aplicação coercitiva; f) o direito opera em um sistema fechado, completo e coerente, em que a atividade dos juízes é lógica, vez que toda regra deve ser deduzida de regras previamente emitidas pelo Estado e g) direito e moral são instâncias separadas e independentes, o que rechaça da atividade judicial os fatores sociais e as regras de cunho moral.

Kelsen também estabelece na teoria pura do direito a dicotomia entre interpretação autêntica e interpretação doutrinária. Segundo o jusfilósofo, a interpretação autêntica é aquela realizada pelos órgãos competentes (juízes, órgãos administrativos etc), enquanto a doutrinária é aquela feita por qualquer pessoa ou ente que não tenha a qualidade de autoridade estatal. Quando um juiz prolata uma sentença, portanto, está emitindo um enunciado normativo, que por consequência é vinculante. O próprio Hans Kelsen, contudo, reconhece que a sentença é um ato de vontade, pois a força vinculante reside na autoridade do órgão, que se justifica na sua fundamentação. Ainda que se possa afirmar que a sentença é baseada em um silogismo e que há um conteúdo de conhecimento na decisão judicial, quanto a argumentos e raciocínios, a sentença será um ato de vontade que definirá, no caso concreto, o sentido da norma. Segundo Kelsen, todo conteúdo normativo é plurívoco, inevitavelmente, e por esta razão é vago e ambíguo, havendo a necessidade de fixação de um único sentido, dentre os possíveis, pela vontade da autoridade competente. Na interpretação doutrinária, não há esta vontade emanada de autoridade; conseqüentemente, a interpretação doutrinária somente é ciência até o ponto em que informa sobre a existência de equívocos decorrentes da plurivocidade. A partir do momento em que o doutrinador estabelece um sentido para a norma e o sustenta como verdadeiro, deixa de existir ciência e passa a existir política, ou seja, a tentativa de persuadir alguém sobre a correção de uma interpretação, que ordinariamente atenderá às

(21) BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: Edipro, 2003, p. 55.

(22) SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 163.

(23) KELSEN, Hans. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 290.

necessidades ideológicas de uma determinada estrutura de poder.

Insta gizar que a assepsia valorativa do direito e o lugar privilegiado da lei como fonte de direito são duas heranças relevantes do positivismo que atendem às necessidades de segurança da sociedade burguesa e do Estado liberal, inaugurado após as revoluções do final do século XVIII.

1.5 CRÍTICAS AO POSITIVISMO JURÍDICO E SEU OCASO

O positivismo jurídico é resultante da ascensão da burguesia ao poder e se torna o instrumento primordial de perpetuação do *status quo* conquistado após as revoluções. Deste entendimento não discrepa Norberto Bobbio, para quem “o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é apresentado pela codificação”⁽²⁴⁾. Foi a doutrina hegemônica durante todo o século XIX, somente tendo a sua preponderância abalada após a banalização do mal⁽²⁵⁾ ao longo da primeira metade do século XX e a constatação, após as experiências do nazismo, do fascismo e do comunismo, de que a legalidade formal pode encobrir a barbárie e conduzir o Estado a atrocidades contra a dignidade humana. Nas palavras de Barroso,

[...] o fetiche da lei e o legalismo acríptico do positivismo jurídico serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem⁽²⁶⁾.

O positivismo pauta-se em um tripé axiomático: suposta neutralidade valorativa, tecnicismo formalista e primazia da segurança jurídica. A validade e

a imputação, por conseguinte, são materializadas na própria codificação.

O Estado se torna o árbitro imparcial para solução dos conflitos sociais e ao juiz incumbe o silogismo da subsunção dos fatos à norma, sem qualquer papel criativo para elaboração do direito. Na perspectiva tradicional, o direito possui caráter científico, emprega a lógica formal e possui a pretensão de completeza, de racionalidade da lei e de neutralidade do intérprete. Ao exacerbar o papel da lógica e da razão, o positivismo foi alvo de inúmeras críticas, especialmente a partir da década de 1950, por ter reduzido o direito a um sistema fechado em si mesmo, desvinculado das condições em que o ser humano vive e se relaciona e por isto mesmo alienado da realidade social⁽²⁷⁾.

A decadência do positivismo corresponde ao período histórico posterior à Segunda Guerra Mundial, tornando-se cada vez mais assente o entendimento de que os conceitos que configuravam a visão lógico-formal do conhecimento jurídico não eram suficientes para atendimento das novas demandas sociais e de justiça. O debate sobre a ética e a política retoma um lugar central nas discussões jurídicas, sendo ressaltado o caráter ideológico do direito como instrumento de legitimação do poder e de institucionalização de uma hegemonia de classes. Ao movimento que passou a questionar a concepção jurídica tradicional denominou-se teoria crítica do direito, que posteriormente foi incorporada às demais correntes pós-positivistas.

O caráter ideológico do direito é destacado pelos doutrinadores, na medida em que a escolha pela positivação de uma determinada norma, em detrimento de outra, implica necessariamente uma escolha política, que pode se tornar preponderante por meios legítimos ou não. Assim, o direito é muito anterior à criação do Estado, pois deriva da convivência em sociedade; atrelar a compreensão

(24) BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 119.

(25) ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

(26) BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 01-48.

(27) MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 135.

do fenômeno exclusivamente ao direito positivado e instituído pelo poder estatal é negar este caráter ideológico e político do saber jurídico. Nesta senda, o direito não está contido unicamente na lei, o que torna fulcral a atividade do jurista no sentido de formação e criação da decisão, buscando outras fontes para solução de conflitos.

O criticismo jurídico também não aceita a ideia de completude legal, autossuficiência e pureza do ordenamento jurídico, asseverando que é impossível ao legislador prever todas as hipóteses fáticas no texto da lei, esvaziando-as do seu conteúdo axiológico e desvinculando-as da discussão sobre a ética. A teoria rechaça ainda os axiomas de neutralidade e objetividade do jurista, aduzindo que toda norma é norma interpretada – superação do paradigma *in claris cessat interpretatio* – ao mesmo tempo em que informa que todo ser humano conduz ao contexto interpretativo suas idiosincrasias e observa o mundo sob o seu prisma valorativo. A segurança jurídica, portanto, deve ceder lugar à efetivação da justiça.

Dessa maneira, faz-se imprescindível a tomada de consciência na percepção de uma abordagem dialética que articule, portanto, o trânsito entre o discurso teórico e a prática jurídica. Sobremodo, envolve a constatação da impraticabilidade de uma ciência jurídica neutra, que expulsa de suas concepções a questão axiológica⁽²⁸⁾.

O positivismo jurídico também recebeu críticas em face de sua pretensão de cientificidade e de neutralidade que em verdade encobriam um posicionamento ideológico conservador e mantenedor das forças políticas hegemônicas. Critica-se sobremaneira a redução normativista, sob fundamento de que a ordem jurídica deve ser compreendida como um conjunto de valores, voltada à interdisciplinaridade e sua relevante contribuição para elaboração de juízos axiológicos sobre a justiça dos acontecimentos e das condutas humanas. O direito, portanto, não pode ser vislumbrado apenas como um instrumento de conformação do intérprete à ordem política estabelecida, mas como um instrumento de transformação desta,

erigindo-se a necessidade de realização de justiça social a um patamar constitucional.

A própria norma fundamental, calcanhar de Aquiles da teoria kelseniana, é apenas um produto ideológico de validação de normas de maneira acrítica, sem questionamentos acerca dos conteúdos valorativos que veicula. Todo e qualquer conteúdo pode ser direito, nas palavras do próprio Kelsen⁽²⁹⁾; assim, até mesmo a ordem de extermínio de pessoas é uma ordem válida e deve ser cumprida.

Cumprir ainda destacar que o positivismo jurídico sustenta que a segurança jurídica é imprescindível à convivência social, devendo existir previsibilidade e estabilidade nas relações sociais como condição para a própria civilização. Este entendimento foi refutado pela teoria crítica com escólio no paradigma de que a segurança não é o contraponto da justiça; muito ao revés, o direito justo pressupõe a existência de uma ordem social, degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético. Desta sorte, o poder criativo conferido aos juízes, demais juristas e intérpretes não significa relativização de valores éticos, mas abertura potencial de concretização de direitos fundamentais nas hipóteses em que a norma não é instrumento idôneo para tanto.

A teoria crítica floresceu na Europa especialmente nas décadas de 1970 e 1980. Na França, com uma tônica marxista capitaneada por Althusser; na Alemanha, pela Escola de Frankfurt, da qual são expoentes Horkheimer, Marcuse, Adorno e, em momento posterior, Jürgen Habermas. No Brasil, a teoria crítica somente teve espaço para a discussão de suas teses após o fim da ditadura militar, no final da década de 1980. O governo ditatorial estava fundado na visão dogmática e positivista e não permitia entrechoques ou discordâncias, de modo que a seara jurídica se tornou extremamente conservadora e tradicional, neste período. Após a abertura política e a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi possível a adoção de uma nova postura pelos juristas, menos legalista, cientificista e formalista e voltada ao atendimento das demandas sociais. É neste contexto, por excelência, que se busca a realização do ideário do Estado social e democrático de direito.

(28) WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 2. ed. São Paulo: Acadêmica, 1995, p. 31.

(29) KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 221.

2.

DO ESTADO LIBERAL AO SOCIAL

Os valores como a dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade entre os homens já eram tidos tanto na filosofia clássica quanto no pensamento cristão; tanto é assim que a democracia foi idealizada em Atenas e tinha como mote a noção de que o homem era livre e detentor de individualidade, exercida na *polis*, local onde o “homem livre” poderia exercitar com igual liberdade a fala, expressando-se, somente existindo enquanto pessoa no espaço público.

Evidente que não se pode afirmar sejam tais embrionários direitos tidos como fundamentais segundo a versão moderna, porquanto somente o homem não trabalhador e liberto da necessidade de laborar para sobreviver era considerado homem livre, sendo ignorada na Antiguidade a noção de que todos os homens, por simplesmente serem humanos, são detentores dos mesmos direitos.

O próprio conceito de privacidade era bem diverso do modernamente concebido. O homem, grego ou romano, tinha noção da sua mortalidade e, como desejava vencer tal condição, somente lograva conseguir tal intento com o pensamento, considerado imortal, e o fazia através do discurso no espaço público, na vã tentativa de edificar uma dignidade extraordinária a marcar a sua existência na Terra de modo peremptório.

Com tanta obsessão em se eternizar, por ter certeza de sua existência passageira e terrena, as necessidades básicas e fisiológicas humanas eram relegadas aos homens não livres, assim considerados aqueles que estavam privados da expressão na esfera pública, pois precisavam laborar para sobreviver. Surge o *animal laborans*, homem tido como o mais desenvolvido dentre todos os animais presentes na Terra, mas não apto a ser tratado como homem, exatamente por

ser privado da vida pública e, portanto, de dignidade plena, somente observada aos homens livres no pensamento.

Ensina Fábio Rodrigues Gomes que, a partir desta perspectiva, a noção de privacidade significava que o indivíduo estava sendo “privado” daquilo que ele considerava mais importante: a participação na esfera pública. Assim, “os homens que precisassem laborar e tivessem restritos o seu convívio na polis em virtude das necessidades ordinárias da vida estariam inferiorizados perante os demais, pois não lhes seria dada a oportunidade de mostrar quem realmente eram”⁽¹⁾. Concebia-se o escravo como algo semelhante ao animal doméstico, tendo-se que este não tinha acesso à esfera pública, perdendo, “além da sua liberdade, todo o seu mérito, ficando alijado de qualquer pretensão de imortalidade, visto que por serem obscuros, morreriam sem deixar vestígio algum de terem existido”⁽²⁾.

Nesse contexto de exclusão, não se pode afirmar que havia direitos fundamentais, segundo a noção moderna, já na antiguidade.

Todavia, tanto na Grécia, berço da democracia, quanto em Roma, estuário da república, não se fazia presente a ideia de poder político ilimitado, tão encontrada na Idade Média nos governantes e até nas próprias relações privadas, através do feudalismo.

Konder Comparato⁽³⁾, citando Aristóteles, informa que este, em sua *Ética a Nicômaco*, relata o diálogo havido entre o rei dos persas, Xerxes, e um antigo rei de Esparta. Na oportunidade, o soberano persa, prestes a invadir a Grécia, manifestou o profundo desprezo que lhe inspirou aquele povo pouco numeroso, composto de pessoas todas iguais e livres e que não obedeciam a um chefe único. O espartano

(1) GOMES, Fábio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 274-275.

(2) GOMES, Fábio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 274-275.

(3) COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 41.

retrucou, dizendo que se os gregos são livres, a sua liberdade não é completa: eles têm um senhor, a lei, que eles temem mais do que os súditos ao rei. Surgiu aí, nesse momento da história, o embrião da ideia de Estado de direito.

Após a queda do império romano do Ocidente, em 453 da era cristã, instalou-se uma nova civilização, fortemente marcada pela concentração de poder na figura da nobreza e do clero, o que ensejou a própria ideia de limitação do poder, com sucesso apenas no final do século XVIII, através da libertação das treze colônias inglesas no território hoje reconhecido como Estados Unidos da América, em 1776, e a revolução burguesa de 1789, ocorrida na França.

O marco inicial sobre a evolução dos direitos humanos é tido como a Magna Charta Libertatum, firmada em 1215 pelo Rei João Sem Terra e pelos bispos e barões ingleses para garantir aos nobres alguns direitos feudais, relegando-se, no entanto, tais “direitos” à população (mais adiante, na Idade Média, considerado o “Terceiro Estado”) não nobre e fora do clero, o que demonstra igualmente o intuito excludente de tal carta de direitos, que apenas serviu como ponto de partida de alguns direitos e liberdades civis clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade, não trazendo à baila reais direitos fundamentais com intuito generalizante.

Ingo Wolfgang Sarlet aponta que todos os documentos libertários firmados nos séculos XVI e XVII, a exemplo do Édito de Nantes, promulgado por Henrique IV na França, em 1598, que tratou da liberdade religiosa, apesar de terem contribuído decisivamente para a formação teórica do movimento liberal burguês, não podem ser tidos como documentos que encerravam direitos fundamentais, pois poderiam ser arbitrariamente substituídos pela autoridade monárquica⁽⁴⁾.

A tirania, fruto da concentração de poderes nas mãos da monarquia, perdurou na Europa durante os dois séculos que sucederam a Idade Média, o que também desencadeou, sobretudo na Inglaterra, um forte movimento no sentido oposto, com algum sucesso, a exemplo da Bill of Rights (1689), que afastou a ideia segundo a qual todo poder emana do rei e em seu nome é exercido, reservando o poder de legislar

ao Parlamento, criando-se, assim, a divisão de poderes, recusando-se, por consequência, o arbítrio a que os súditos se submetiam pela força do monarca.

2.1 O PARADIGMA DO ESTADO LIBERAL DE DIREITO

Mesmo antes de as colônias britânicas se declararem independentes, reuniram-se em um congresso continental, em 1774, tendo-se recomendado, na oportunidade, a formação de governos independentes. O Estado da Virgínia esteve na vanguarda e, em 12 de janeiro de 1776, fez publicar a sua própria declaração de direitos, documento intitulado “Declaração do Bom Povo da Virgínia”, onde se lê, no artigo I, que

todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inerentes, dos quais, quando entram em qualquer estado de sociedade, não podem por qualquer acordo, privar ou despojar os pósteros; quer dizer, o gozo da vida e liberdade, com os meios de adquirir a possuir propriedade, e perseguir e obter felicidade e segurança⁽⁵⁾.

Duas semanas após, a “liberdade” e a busca da “felicidade” foram repetidas na Declaração da Independência dos Estados Unidos como direitos inerentes à condição humana, tendo a referida carta a importância de ter sido o primeiro documento político a reconhecer a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social, tudo a partir da legitimidade da soberania popular, o que, na Europa, somente ocorreu com a revolução burguesa de 1789.

Em 1787, onze anos após a criação dos Estados confederados, surgiu a primeira Constituição escrita e federal, unificando as treze colônias estadunidenses que, apesar de primar pela liberdade do ser humano de forma inata, não previu um rol de direitos, falta somente sanada em 1791, ano da aprovação de dez emendas que formavam o Bill of Rights americano, tratando de liberdades públicas e garantias constitucionais em prol dos cidadãos americanos.

Igual ideia de liberdade foi talhada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, carta francesa de 1789 que, embora burguesa e extremamente libe-

(4) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 42.

(5) DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 176.