I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FILOSOFIA DO DIREITO E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

JEAN CARLOS DIAS

JOÃO MARTINS BERTASO

LEONEL SEVERO ROCHA

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Filosofia do direito e Cátedra Luís Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jean Carlos Dias

Leonel Severo Rocha

João Martins Bertaso – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-079-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FILOSOFIA DO DIREITO E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentação

O GT Filosofia do Direito e Cátedra Luis Alberto Warat foi desenvolvido com toda a sua plenitude no dia 29 de junho de 2020, mesmo tendo sido realizado integralmente de forma virtual, inaugurando um novo estilo de reflexão.

O Conpedi, como sempre, estimulou o debate e a pesquisa sobre a Filosofia do Direito, permitindo a discussão de temáticas fundamentais para a observação do Direito, desde a releitura de autores clássicos, até assuntos extremamente atuais.

No entanto, os membros do GT não deixaram de inovar ao criticar de forma bem contundente. as questões políticas, sociais e de saúde pública, criadas pela Pandemia Global, como se pode constatar nos textos apresentados.

Nesse sentido, foram apresentados 22 textos (com duas ausências), e debatidos, os seguintes assuntos:

1. A FILOSOFIA, O DIREITO E A FILOSOFIA DO DIREITO

A partir de uma abordagem aristotélica as autoras buscam estabelecer uma critica à abordagem tradicional da Filosofia do Direito de matriz positivista, propondo com suporte em Kant e Gadamer, uma reconciliação com a Justiça como fundamento do Direito.

2. A LIQUIDEZ DA SOCIEDADE ATUAL (O AMOR E SUA ESSÊNCIA)

O texto propõe, com base na análise sociológica de Zygmunt Bauman, uma abordagem dos relacionamentos interpessoais sob a perspectiva de sua fragilidade e fluidez, extremamente atual, sugerindo uma abordagem centrada no fortalecimento desses vínculos sociais.

3. A NECESSIDADE DA INCORPORAÇÃO DOS VALORES DE LIBERDADE, IGUALDADE E DIGNIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO: UMA ANÁLISE HISTÓRICO-JURÍDICA A PARTIR DO NAZISMO

O texto propõe uma abordagem do Direito a partir das teorias hermenêuticas e dos direitos fundamentais como uma crítica ao modelo positivista, que aponta ter sido empregado, em

alguma medida no período nazista atribuindo, pelo menos em parte, à influência do pensamento de Carl Schimitt.

4. AS LIBERDADES HUMANAS COMO BASES DO DESENVOLVIMENTO NO PENSAMENTO DE AMARTYA SEN

O texto examina o conceito das liberdades substantivas tal como propostas por Amartya Sen, propondo que elas podem ser tomadas como base para a formulação de um modelo de desenvolvimento menos desigual.

Propõe que esse modelo pode estimular e fortalecer os direitos políticos de modo a fortalecer a democracia.

5. CONSIDERAÇÕES SOBRE JUSTIÇA E DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE

O autor faz algumas considerações acerca do tema da Justiça, em especial, a partir de uma visão realista com base em Ross, mas também a partir do pensamento de Norberto Bobbio.

Sugere que é possível uma compatibilização entre o Direito e a Justiça por meio do resgate dos valores e de processos sociais correlatos, em especial, o educacional.

6. DEUS, DINHEIRO E DIREITO DA PERSONALIDADE: UMA OUTRA TRINDADE A SER DESMISTIFICADA

O texto adota uma perspectiva marxista para criticar a influência do dinheiro e da personalidade como um fator determinante na formação das relações jurídicas, apresentando-os como deificações.

7. DIREITO E IDEOLOGIA: A CRÍTICA DA DIALÉTICA MATERIALISTA MARXISTA ÀS FILOSOFIAS DA HISTÓRIA

O texto propõe a abordagem marxista da história supondo que possa ser considerada científica, e, ao mesmo tempo rejeitando esse estatuto às teorias concorrentes. Ao mesmo tempo, estabelece que o direito deve ser entendido como mera reprodução das relações econômicas, tais como descritas por seu referencial teórico.

8. DO HOMO FABER AO HUMANISMO INTEGRAL: NEOTOMISMO COMO VEREDA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA JUSTIÇA NO DIREITO

O texto propõe uma abordagem da dignidade humana e da justiça baseada numa perspectiva neotomista entendendo ser adequada e suficiente para reconstruir a partir dessas noções as relações jurídicas e o próprio Direito.

9. DO NEOPOSITIVISMO AO POSITIVISMO: CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO CONCEITO DE DIREITO DE ROBERT ALEXY E DE SUA LEITURA DA TEORIA DO DIREITO DE KELSEN

O autor analisa, em essência, a concepção adotada por Alexy ao caracterizar a teoria do Direito de Kelsen.

O cotejo entre ambas as teorias foi feito tomando por eixo as relações entre Direito e Moral e, assim, o conceito de princípios.

O texto sugere a retomada do pensamento kelseniano.

10. ESTADO LAICO DE MAIORIA CRISTÃ: UM ESTADO NOTADAMENTE TEÍSTA

O artigo analisa o significado jurídico do princípio do Estado Laico, sugerindo que esse conceito é compatível com uma definição que engloba uma perspectiva teísta. O pano de fundo é a realidade brasileira.

11. FUNDAMENTOS DA LIBERDADE E DO DIREITO EM HEGEL

O texto retoma o texto clássico sobre a Filosofia do Direito de Hegel, demonstrando a sua atualidade.

12. HÁ JUSTIÇA ALÉM DA VIRTUDE? AMAYA EM FOCO

O texto expõe o pensamento da filosofa mexicana María Amalia Amaya Navarro propondo que seu pensamento possa ser adotado como um parâmetro de atuação judicial limitado pela ideia aristotélica de virtude.

Quanto ao relacionamento entre os agentes processuais e suas condutas, o texto, porém, aponta a insuficiência da teoria.

13. HOBBES E SCHMITT: UMA LEITURA CRUZADA A PARTIR DA APROXIMAÇÃO DOS CONCEITOS DE LEI FUNDAMENTAL, NOMOS E SOBERANIA COMO MONOPÓLIO DECISÓRIO

O texto sugere que o pensamento de Hobbes e Schmitt apresenta confluências em função, principalmente, da centralização dos exercícios do poder, que, sugere pode ser verificado pela correspondência, em ambos, da noção de prevalência do Estado sobre a o Direito.

14. NOTAS SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA TRANSPARÊNCIA

O texto utiliza uma abordagem positivista de matiz kelseniana, para analisar como o direito ao esquecimento, deve ser reconhecido no atual panorama jurídico no âmbito do direito de personalidade.

Reflete, também acerca dos limites da efetividade desse direito na realidade contemporânea.

15. O DIFERENTE, DIVERGENTE, DESVIANTE NO DIREITO: A RACIONALIDADE DESCENTRADA COMO FORMA DE DESCONTRUIR O ETNOCENTRISMO NO DIREITO

A autora supõe haver uma visão etnocêntrica no direito atual que limita a sua abrangência aos sujeitos que não se integram a um dado modelo padronizado.

A despeito da abordagem antropológica, propõe, que uma alteração da racionalidade jurídica pode ser um caminho para uma incidência subjetivamente plural.

16. O DIREITO ACHADO NA RUA E MEDIAÇÃO: CONVERGÊNCIAS ENTRE ROBERTO LYRA FILHO E LUÍS ALBERTO WARAT

O texto examina ambas as teorias em função de seu caráter antidogmático (ou contradogmático). A partir desse eixo indica possíveis confluências. Pois, os autores foram pioneiros da crítica jurídica no Brasil e se interessam pelo direito dos excluídos.

17. O IMPACTO DO CAPITAL IMPRODUTIVO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O texto examina o capital improdutivo do ponto de vista conceitual e, também, sugere impactos no desenvolvimento social.

Em que pese não ficar claro quem são titulares desse tipo de capital (há uma crítica ao sistema financeiro,) sugere que esse entrave tem implicações sobre a concretização dos direitos fundamentais e, assim, enfraquecimento da democracia.

18. O PENSAMENTO FILOSÓFICO DE MIGUEL REALE

O texto apresenta o pensamento de Reale apontando a importância da sua formulação no pensamento nacional.

O Autor sugere que tal concepção teórica pode ter contribuído para a adequada compreensão da teoria de Kelsen no espaço acadêmico brasileiro. E, ao mesmo tempo, ter diminuído a influência do normativismo.

19. O REFÚGIO POR UMA PERSPECTIVA FILOSÓFICA A PARTIR DE DERRIDA

O artigo procura perscrutar a relação entre justiça e direito, desde o conceito de refúgio jurídico, estudado desde o fenômeno do refúgio. Assim propõe que segundo os conceitos de alteridade e hospitalidade do filósofo Derrida, pode se analisar, se os refugiados são acolhidos a partir de uma ótica da hospitalidade.

20. OS LIMITES REGULAMENTADORES DA PROPAGANDA ELEITORAL NO ÂMBITO DAS REDES SOCIAIS A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS

O texto propõe que o espaço virtual no âmbito das relações mediadas pela internet possa ser tomado como um sistema autônomo tal como proposto pela teoria dos sistemas de Luhmann.

A partir dessa premissa examina algumas possibilidades normativas decorrentes dessa abordagem sociológica.

21. SEIN, SOLLEN UND RECHT: A ORDEM JURÍDICA E AS NORMAS EM HANS KELSEN E H. L. A. HART

A autora sugere que Hart na sua obra “O conceito de Direito” ao realizar sua crítica ao pensamento de Kelsen não utilizou a concepção mais atual, então existente da Teoria Pura do Direito, de modo que as suas reflexões são imprecisas.

Sugere, assim, que a descrição imperativista que o autor inglês faz de Kelsen é desfocada.

22. SUJEITOS DE (NÃO) DIREITOS: DIFERENÇAS ESQUECIDAS E O SENTIMENTO NO DIREITO A PARTIR DE LUIS ALBERTO WARAT

Neste artigo, analisa-se como encontrar a diferença no Direito a partir do pensamento de Luís Alberto Warat. Faz-se uma menção ao entendimento de igualdade e de exclusão da forma como é compreendido no ordenamento jurídico. Analisa-se o tema da diferença à luz do sentimento, produzindo-se reflexões na perspectiva waratiana.

Por Leonel Severo Rocha, Prof.URI e UNISINOS

João Martins Bertaso, Prof.URI

Jean Carlos Dias - CESUPA

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Filosofia do Direito e Cátedra Luís Alberto Warat apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Filosofia do Direito ou CONPEDI Law Review. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A NECESSIDADE DA INCORPORAÇÃO DOS VALORES DE LIBERDADE, IGUALDADE E DIGNIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO: UMA ANÁLISE HISTÓRICO-JURÍDICA A PARTIR DO NAZISMO

THE NEED TO INCORPORATE THE VALUES OF FREEDOM, EQUALITY AND DIGNITY IN THE LEGAL SYSTEM: A HISTORICAL-LEGAL ANALYSIS BASED FROM THE NAZISM

Carlos Eduardo Artiaga Paula
Cleidiane Mara de Souza Braga
Alexandre Garrido da Silva

Resumo

A vertente forte do positivismo jurídico defendeu a possibilidade do sistema jurídico instituir qualquer norma, independentemente de seu conteúdo. Associado a esse, Schmitt defendeu a concentração dos poderes estatais no Soberano. Essas teorias tornaram propiciaram instituição do regime de exceção nazista. Contrapondo a essas teorias, Radbrush defendeu a necessidade do direito de se revestir de valores, que, no Brasil, encontram-se principalmente nos direitos fundamentais, que não podem ser suprimidos a fim de não se abolir o Estado de Direito. Nesse sentido, Alexy, Dworkin e Canaris compreendem ser essa relação com os valores indispensável para que o ordenamento seja jurídico.

Palavras-chave: Positivismo, Moral, Nazismo, Direitos, Valor

Abstract/Resumen/Résumé

The strong aspect of juridical positivism defended the possibility of the legal system to impose any rule. In addition, Schmitt defended the concentration of state powers in the Sovereign. These theories have made the field conducive to the institution of the Nazi exception regime. However, Radbrush defended the need of the Law to take the moral values that, in Brazil, are mostly the fundamental rights, which can't be suppressed in order not to abolish the Rule of Law. Thus, the jurists Alexy, Dworkin and Carnis understand that the relationship with the values is essential for the system to become juridical.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Positivism, Moral, Nazi, Rigts, Value

Introdução

O presente estudo visa analisar a necessidade de se incorporar ao ordenamento jurídico os valores de liberdade, igualdade e dignidade a partir de uma análise histórico-jurídica do nazismo. O principal motivo que ensejou a elaboração desse trabalho foi buscar as origens históricas, que ensejaram a superação de um modelo puro do direito, aderindo a uma relação deste com a moralidade e o porquê de se buscar uma relação necessária entre ambos. Esse estudo repercute no âmbito da teoria do direito e consiste em fornecer uma base teórica na qual se apoia os direitos fundamentais.

Diante destes esclarecimentos, pode-se resumir o presente artigo a uma questão principal: a partir da experiência nazista, é necessário que o direito incorpore valores de liberdade, igualdade e dignidade?

A fim de elucidar tal questão, será utilizado preponderantemente o tipo de pesquisa bibliográfico, o método dedutivo e a técnica da análise textual e temática, a fim de fornecer um posicionamento interpretativo sobre tema.

O presente estudo inicia-se a partir de algumas considerações iniciais de cunho terminológico. No segundo capítulo, será realizada uma análise do positivismo jurídico em sua vertente "forte", bem como suas insuficiências e contribuições para o nazismo. Visa-se, analisar, ainda, na segunda parte do estudo, o pensamento de Schmitt e a discussão sobre quem seria o guardião da constituição. No terceiro capítulo, visa-se analisar o entendimento de Radbruch (1962) e seus sucessores sobre a necessidade de se incrustar, no direito, valores e qual a relevância desse pensamento, bem como estudar o posicionamento de Alexy (2009), Dworkin (2003) e Canaris (2002) sobre a relação entre o sistema jurídico e a moral.

1. Considerações terminológicas preambulares

Há vários modelos para explicar e construir o direito. Um deles é o formalismo jurídico, nesse estudo denominado de puro, conforme descrito na "teoria pura do direito" (KELSEN, 1995). Esse modelo formalista se identifica com o positivismo jurídico, em sua versão forte (SILVA, 2006), que defende a separação radical entre o direito e a moralidade. Defende que, no direito, por razões de segurança jurídica, devem ser excluídos todos os elementos axiológicos de seu conceito. Outros autores, todavia, aderem ao positivismo em sua versão fraca que preceitua não haver nenhuma relação necessária entre o direito e a moral, embora essa correlação possa ser contingencial.

A utilização do modelo forte de positivismo, com a finalidade de fundamentar regimes autoritários, não pode ser identificado com o pensamento político de Kelsen (2000), que, em outras obras, como “a democracia”, revela seu cariz de defensor dos princípios de liberdade e de igualdade, pois, é a partir deles, que se constrói uma verdadeira democracia. O referido autor também se empenhou em um acurado estudo sobre a justiça, conforme se depreende das obras “o que é justiça”, “ilusão da justiça”, “o problema da justiça” e também de sua análise realizada a partir dos textos platônicos “Górgias”, “Protágoras “e “A República”.

Kelsen (1998) concluiu que o conceito de justiça somente é possível no âmbito individual, já que um comportamento é justo quando está em conformidade com as normas jurídicas. No âmbito do sistema jurídico, não é possível se ter um único conceito de justiça, pois os padrões que definem uma norma justa não são absolutos, mas sim relativos.

Todavia, autores, como Costa Matos (2004) e Lisboa (2006), inferem, a partir do pensamento do mencionado autor, que a justiça kelseniana é a democrática, constituída a partir dos valores de relatividade, liberdade e tolerância. Relatividade por não se admitir um critério absoluto de justiça; liberdade porque o ser humano se submete à ordem jurídica por sua vontade e não por medo ou temor; e tolerância, que reclama pela aceitação do outro e por paz.

Kelsen (1998, p. 24) demonstrou, portanto, que Estado justo é aquele que garanta a paz pela tolerância, liberdade e democracia, privilegiando a manifestação de opiniões pacíficas em detrimento da violência, o que diretamente confronta com a visão autoritária do direito.

Desta forma, Santos (2010) conclui que o pensamento de Kelsen não se limita à teoria pura do direito, o que é ratificado pelo próprio histórico de vida do autor, marcado por oposição ao nazismo que, conforme será exposto, apoiou-se, em um primeiro momento, em um modelo de puro formalismo do direito. Kelsen, por sua cultura judaica e por suas posições ideológicas, foi de tal modo perseguido pelo nazismo que emigrou para os Estados Unidos da América (COELHO, 2010). Por isso, nesse estudo, ao se descrever a versão forte do positivismo jurídico, far-se-á referência à teoria exposta na “teoria pura do direito” e não ao posicionamento político de Kelsen, que sofreu alterações ao longo de sua trajetória de vida.

Também os conceitos autoritarismo, ditadura e totalitarismo precisam ser esclarecidos. Autoritarismo é um regime político caracterizado pela repressão à oposição política e ideológica do Estado, restrição a direitos (sobretudo os individuais e os políticos), utilização da força pelo Estado e concentração de relevante parcela das prerrogativas

institucionais em um só poder, notadamente o Executivo. O poder político é exercido independentemente de limitações constitucionais ou da participação do povo na escolha ou das deliberações dos governantes.

O autoritarismo é um gênero no qual se inserem a ditadura e o totalitarismo. A ditadura implica em "toda a classe dos regimes não-democráticos especificamente modernos" (BOBBIO et. al., 2000, p. 372). A ditadura, conforme conceito trazido por Bobbio et. al. (2000, p. 273), surge em momentos de instabilidade, de crise e de profunda transformação social. Foi isso que aconteceu no Brasil a partir de 1964 quando a classe dominante, sentindo-se ameaçada com um suposto perigo comunista, recorreu ao regime autoritário como forma de superar a crise. Na história mundial, exemplos de ditadura ocorreram no declínio do império romano e na queda do regime absolutista, com a revolução francesa.

O totalitarismo, por outro lado, designa os regimes políticos da Alemanha nazista e do Stalinismo soviético, caracterizados por: ideologia oficial (racista, eugenia e colonialista); partido único; concentração de poderes na mão de um soberano (uma só pessoa ou uma classe restrita); utilização maciça da tecnologia, dos meios de comunicação em massa e do terror. Agamben (2004) define o totalitarismo como o regime que institucionaliza a figura do *homo sacer*, que é aquela pessoa excluída da comunidade e que pode ser morto ou agredido impunemente, como ocorreu com os judeus no nazismo.

A diferença entre a ditadura e o totalitarismo é que a primeira admite certo grau de oposição e diversidade ideológica, ética e racial, mantendo-se a esfera individual. No totalitarismo, não se admite essa esfera individual em superação sobre a social, exaltando, tão somente, o corpo do Estado. Caracteriza-se por eliminar a esfera individual, seja em seus direitos (ARENDT, 1989, p. 498), seja em sua moralidade (ARENDT, 1989, p. 500). Cria, assim, uma sociedade composta por uma massa uniforme. Diverso da ditadura, o totalitarismo possuiu uma altíssima capacidade de penetração, controle e mobilização social sem precedentes históricos, de modo que Arendt (1989, p. 510) afirma ser objetivo do totalitarismo não "a transformação do mundo exterior ou a transmutação revolucionária da sociedade, mas a transformação da própria natureza humana".

A análise do totalitário nazista nesse artigo justifica-se, pois ele foi o berço da discussão sobre a aproximação entre o direito e a moral. Também foi com essa trágica experiência histórica que Radbruch (1962) modificou o seu posicionamento, antes positivista, para conceber a necessária relação do direito com aspectos axiológicos. Por meio das graves violações a direitos fundamentais ocorridas no nazismo, visa-se, nesse estudo, demonstrar a problemática de se adotar um modelo de sistema de direito desprovido de valores e sem uma

correspondência necessária com a realidade, o que deve ser evitado. Objetiva-se demonstrar, ainda, que a exclusão dos valores pode servir para fundamentar esse sistema totalitário.

2. A superação inevitável de um modelo puro de positivismo jurídico – o exemplo nazista

O positivismo jurídico, em sua versão forte, trata de uma corrente jusfilosófica que busca estudar o direito a partir das normas positivas. Surge, embrionariamente, com o pensamento de Hobbes em "O Leviatã" (BOBBIO, 1995, p. 34). Para Hobbes, o direito é aquele proveniente da lei que, por sua vez, trata-se de atos emitidos pelo soberano, que concentra os poderes e, inclusive, confunde-se com o Estado em alguns casos.

No século XIX, o positivismo, em sua versão forte, teve como um de seus principais precursores a Escola da Exegese que buscou sistematizar o direito na forma escrita por meio de códigos. Segundo essa vertente positivista, o direito se resumia e se limitava à lei, cujas disposições deveriam ser cumpridas a qualquer custo (*dura lex, sed lex*). Na verdade, a noção de lei injusta era inconcebível.

Outra forma de se pensar o positivismo jurídico é observada no pensamento de Max Weber (1984). Para o autor, a força motriz da sociedade é a racionalidade, entendida como o direcionamento de condutas segundo uma coerência lógica e que leve de modo eficiente a um fim. Com fundamento nessa forte base racional, que orienta a sociedade, Weber (1984) concebe o direito como uma estrutura formal de disposições altamente precisas (regras), que permite se conhecer previamente o resultado de nossas ações. Portanto, o direito é previsível, confiável e sem conteúdo, pois exclui o valor, que é algo que o homem impõe ao mundo e, portanto, não é racionalmente cognoscível. O direito é uma técnica de dominação humana para que os dominados obedeçam à afirmação de autoridade dos poderes constituídos.

O direito, na visão weberiana, isola-se em procedimentos e estruturas, que prescindem de qualquer ideologia ou realidade social verificável. O direito pode, inclusive, criar sua própria realidade e impô-la ao mundo social. Portanto, o direito é desprovido de significado. Logo, o paradoxo da humanidade é que ela cria e cultiva o conhecimento, a razão e o direito, mas nenhum deles pode revelar o significado dos atos ou da vida.

Apesar do prestígio da teoria de Weber, foi Kelsen (1995) na "teoria pura do direito" que conseguiu, por meio do pensamento positivista, sistematizar o direito como uma ciência autônoma, desvinculada das ciências sociais e da filosofia. Trata-se, portanto, de uma

proposta epistemológica bem sucedida (apesar das críticas) em formular teoricamente uma ciência jurídica.

A “teoria pura do direito” possui um viés epistemológico, porque busca construir as bases para se conhecer o direito, delimitando seu objeto (a norma jurídica e o ordenamento jurídico) e o modo pelo qual ele deve ser estudado e aplicado. Busca, também, analisar o direito como ele é (e não como deveria ser), apresentando, inclusive, os problemas que lhe são inerentes.

O grande objeto do direito, segundo a “teoria pura do direito”, é a norma jurídica, a qual é a célula do sistema jurídico. Assim como a sociologia estuda os fatos sociais e a axiologia estuda os valores, o direito tem como estudo primordial a norma. Isso não implica, contudo, que se rejeite a existência dos fatos sociais ou dos valores, mas, para fins de se conceber uma ciência do direito, esses fatores são desprezados, pois se faz um corte epistemológico a fim de se retirar, no estudo do direito, todo o fator extra ou metajurídico.

Ocorre que o direito não se mantém só com uma norma, mas com uma pluralidade delas. Essas diversas normas não permanecem soltas e desorganizadas, pelo contrário, devem manter-se ordenadas, constituindo uma unidade, ou seja, um sistema ou um ordenamento. Essa conexão e inter-relação entre as normas ocorrem em razão de uma escala de justificação hierárquica de modo que uma norma encontra o seu fundamento em outra e assim sucessivamente. Por exemplo: um contrato de locação encontra amparo na lei do inquilinato, que, por sua vez, apoia-se no código civil que tem o seu fundamento na Constituição Federal.

No entanto, surge a seguinte pergunta: qual seria o fundamento da Constituição Federal? Para responder a essa questão, a “teoria pura do direito” pressupõe uma norma, que é a base de todo o ordenamento jurídico. Trata-se de uma norma hipotética, que é construída mediante os recursos existentes na ciência do direito e, por isso, é denominada de “hipotética-fundamental”. Ela, por sua vez, pode ser sintetizada na seguinte proposição “devemos obedecer aos mandamentos previstos na Constituição”.

Em razão de se respeitar essa escala de justificação hierárquica, Kelsen (1995), na “teoria pura do direito”, denomina o ordenamento jurídico como dinâmico por ter “sido criada de uma maneira que é – em última análise – determinada pela norma fundamental” (KELSEN, 1995, p. 165).

Todavia, apesar do prestígio da teoria, várias críticas são realizadas a ela, sendo que a maioria delas, por extrapolar o objeto deste trabalho, não serão abordadas. Entretanto, ressalta-se que o direito, na forma posta na referida obra de Kelsen (1995), incorre em um

formalismo desmedido, pois deixa de lado a análise e a consideração do conteúdo e o propósito das normas jurídicas.

Por isso, denomina-se "pura" essa teoria, pois é desvinculada de qualquer conteúdo fático, moral ou ideológico. Frise-se que um dos preceitos rejeitados veementemente nessa forma de positivismo é a própria ideia de justiça. A norma jurídica, na teoria pura do direito, é formulada mediante um procedimento formal, desvinculada de qualquer conteúdo. Por isso, é admissível que seja instituído no ordenamento jurídico todo e qualquer ato normativo, desde que respeite os mencionados trâmites. Em outras palavras, é indiferente ao direito conhecer o conteúdo das normas jurídicas.

Admite-se, na "teoria pura do direito", a existência de um ordenamento jurídico sem nenhuma correspondência à realidade social, já que o fundamento do sistema do direito é a norma hipotética-fundamental, desprovida de conteúdo. Admite, também, que o único requisito para se ter um sistema do direito é que ele seja coativo.

Outra crítica realizada à visão positivista pura do direito é observada no posicionamento de Schmitt (2007) para quem o cerne do sistema jurídico não é a norma, como na teoria pura do direito, mas a decisão, compreendida como o exercício incontestável da vontade e liberdade absoluta do soberano. À medida que o soberano decide, ou seja, manifesta sua vontade, ele, por consequência, cria a ordem normativa. Em outras palavras, não é a existência pura da norma que fundamenta o direito, mas sua ausência, que corresponde ao exercício pleno da vontade absoluta, que é a decisão. Esse posicionamento demostra a visão política do ordenamento jurídico, segundo Schmitt (2007).

Na visão de Schmitt (2007), a democracia parlamentar liberal, na forma apresentada no início do século XX, apresentava inúmeras deficiências em proporcionar uma economia e um Estado estável na Alemanha – contexto no qual tanto o referido autor quanto Kelsen se inserem. Essa forma de representação democrática, aos olhos de Schmitt (2007), era ineficiente e enfraquecia o Estado. Isso não implica, contudo, que Schmitt (2007) era necessariamente contrário à democracia, pelo contrário, esse regime é possível na visão do autor, desde que haja homogeneidade no meio social, o que, na realidade, não se observava.

Esse conflito, advindo da heterogeneidade social, justificava a existência de um soberano que concentrava em si plenos poderes, sobretudo em situações de crise extrema, de urgência e de necessidade. Essa prática de plenos poderes foi reiteradamente utilizada no ordenamento jurídico alemão, com previsão legal no art. 48 da Constituição de Weimar de modo que Schmitt definiu como soberano aquele que "decide sobre o estado de exceção" (SCHMITT, 2006, p. 7).

O presidente do Reich, como guardião da Constituição, seria um quarto poder neutro "cuja tarefa era assegurar o funcionamento constitucional dos diversos poderes e salvaguardar a Constituição" (SCHMITT, 2007, p. 193). O soberano intermediaria os conflitos, inerentes à democracia, utilizando, conforme o caso, do voto "estatal neutro".

O presidente do Reich, diante das divergências, pode valer-se de seu voto "estatal neutro" (SCHMITT, 2007, p. 215) e somente pode tomar partido em casos emergenciais, ainda que prepare, "eventualmente, a paz forçada" (SCHMITT, 2007, p. 215).

Em contraposição aos argumentos de Schmitt, Kelsen (2007) afirma inconcebível concentrar os poderes de guardião à Constituição ao presidente do Reich, pois seria como "deixar as galinhas aos cuidados da raposa", já que a atividade do Reich é inerentemente política e se envolve diretamente na forma do exercício do poder. Na verdade, são os poderes do presidente do Reich que precisam ser controlados. Kelsen (2007) acentua suas críticas à postura de Schmitt em concentrar no soberano os poderes emergenciais a ponto de torná-lo uma autoridade suprema e inquestionável (KELSEN, 2007, p. 246).

O posicionamento de Schmitt e o esposado na "teoria pura do direito", embora pareçam, a princípio, dissonantes, convergem em um ponto comum – ambas teorias corroboram, de certo modo, para a instauração do estado totalitário alemão nazista. À medida que a teoria pura do direito admite a produção do direito, dissociado da realidade social, de valores e da moral e, portanto, toda e qualquer norma pode ser instituída no ordenamento jurídico, Schmitt sustenta a concentração, nas mãos do presidente do Reich, de poderes emergenciais ilimitados, com respaldo legislativo no art. 48 da Constituição Alemã de Weimar. Podia o presidente do Reich, inclusive, fechar o parlamento.

Essa afirmação – de que a teoria positivista contribuiu para o regime totalitário – não é uníssona na doutrina. Maus (2000) defende que, se os ideias disseminados pelo positivismo jurídico – como segurança, previsibilidade e estrita observância da regra jurídica – fossem observados na Alemanha, o nazismo não teria subsistido. "Como demonstrado de modo eloquente pelo regime nazista, o terror político aberto encontra no direito formal um obstáculo" (MAUS, 2000, p. 199).

Observa-se, portanto, a existência de duas vertentes - uma que defende que o positivismo jurídico, em sua versão forte, corroborou para o totalitarismo (RADBRUCH, 1962) e outra radicalmente contrária, que afirma que essa vertente positivista era estritamente contrária ao nazismo (MAUS, 2000). Todavia, nesse estudo, adota-se uma concepção intermediária. Compreende-se que a versão forte do positivismo jurídico corroborou para a instauração do nazismo, permitindo, em um primeiro momento, que o Führer utilizasse das

disposições de exceção – art. 48 da Constituição de Weimar – sem ter nenhum limite de cunho material. O início do totalitarismo alemão ocorreu de forma legal, mediante o uso dos dispositivos formais contidos no ordenamento.

Entretanto, após o uso reiterado do art. 48, observou-se que ele poderia ser utilizado para suprimir o ordenamento jurídico, instaurado pela Constituição de Weimar, o que de fato foi feito. A partir de então, deixou-se de aplicar os princípios positivistas para se instaurar um regime de inseguranças, incertezas e imprevisibilidade em que o Führer não estava vinculado nem às ordens que ele mesmo impunha, já que poderia apresentar, sem nenhum critério, comandos aleatórios e contraditórios.

Por isso, destaca-se que não se discorda do posicionamento de Maus (2000) de que o positivismo seria um empecilho à consolidação do nazismo, embora se reconheça que esta teoria contribuiu para a instauração desse regime totalitário, uma vez que não apresentava nenhum obstáculo material ao uso da disposição de exceção (art. 48 da Constituição de Weimar).

O totalitarismo nazista somente foi instaurado a partir do uso reiterado do referido dispositivo legal de modo que o presidente do Reich tornou-se "legislador ordinário do Reich". As medidas emergenciais do art. 48 foram utilizadas, sobretudo, para regular matérias de abrangência econômico-financeira. Podia-se, inclusive, mencionar o Estado alemão como um autêntico "estado de exceção econômico" (BERCOVICI, 2004; SCHMITT, 2007, p. 173).

Essa plenitude de poderes, na óptica de Schmitt, jamais poderia ser identificada como uma ditadura, nem uma arbitrariedade, mas uma "relação profunda e internamente legal" (SCHMITT, 2007, p. 190). Correspondia, na verdade, a uma necessidade do Estado de executar medidas, impossíveis de serem praticadas por um parlamento pluralisticamente dividido.

Associada à plenitude de poderes do Führer acima mencionadas, frise-se que a revogação das medidas emergenciais, compreendidas no art. 48 da Constituição de Weimar, não possuía nenhuma força retroativa e os fatos por ela regulamentados não podiam ser revogados por meio de lei.

Também merece destaque o fato de que a concentração de todos esses poderes nas mãos do presidente do Reich não foi, como soer imaginar, produto de uma revolução ou uma rebelião armada, mas foram utilizados os meios jurídicos e políticos existentes na época. Além de todo o amparo teórico-argumentativo, fornecido, sobretudo por Schmitt, o Führer teve um amplo e sólido amparo legal para instituir-se (SCHMITT, 2007, p. 188). Inclusive, os imensos poderes emergenciais obtiveram a anuência do governante de então, Hidenburgo.

Não obstante, a própria sociedade alemã apoiou imensamente o regime totalitário nazista, sem mencionar a igreja católica e o próprio Judiciário. Por meio de um sistema de intensa propaganda, a própria população tornava-se investigadora do governo e denunciava os judeus e demais "inimigos" declarados do estado nazista. Todo esse conjunto de características da organização política e jurídica na Alemanha possibilitou a criação de um regime de governo caracterizado pelo terror.

Valendo-se das prerrogativas legislativas emergenciais, o recém-instaurado regime nazista proferiu uma enxurrada de decretos e medidas. Havia tanta flexibilidade na promoção de normas, em razão dos plenos poderes do Führer e de sua desvinculação de qualquer conteúdo material, que o uso do dispositivo de exceção (art. 48 da Constituição de Weimar) era desmedido. Vale notar que o regime nazista não se dignou a revogar a Constituição de Weimar, que consagrava um vasto elenco de direitos e garantias fundamentais, simplesmente a ignorava ou, ainda, mostrava um total desrespeito pela Lei maior do próprio Estado Alemão.

Após consolidado, o sistema do Reich proporcionava grande flexibilidade ao Führer. Evitava-se estabelecer parâmetros, definições e conceitos normativos, de modo que os atos normativos eram aleatórios e, inclusive, podiam retroagir para abranger fatos passados. Não havia vinculação com a razão, com a ciência nem com os dogmas que os próprios nazistas professavam. A lei mudava conforme a vontade do líder.

O governo do Führer subsistia em uma ampla base de "verdades produzidas", que, de fato, não correspondiam à realidade, pois era conveniente ocultar as decisões políticas do Reich. Para tanto, havia toda uma base administrativa que subsidiava esse sistema, notadamente a polícia "secreta". Ela permitia a existência de duas ordens – uma formal, divulgada para a população e outra informal, efetivada às ocultas, sem suspeitos ou vestígios. Por exemplo, poder-se-ia dar uma ordem formal de homenagear um diretor de uma fábrica, mas, às ocultas, havia uma ordem de decretar a sua prisão. "A eficiência da polícia reside no fato de que essas tarefas contraditórias podem ser planejadas simultaneamente" (ARENDT, 1989, p. 476).

A crise de legalidade na Alemanha nazista teve como estopim a promulgação das leis de Nuremberg que baniram os judeus de todos os aspectos da vida social. E a evolução dessas medidas arbitrárias e restritivas foi o próprio extermínio dos judeus, ou, nos termos nazistas, a "solução final" para a questão judaica. Contudo, não eram apenas os judeus as vítimas desse regime totalitário, ceifava-se a vida de chineses, soviéticos, ciganos, deficientes físicos e mentais, enfim, não havia critério para justificar o extermínio. Permitia-se uma condenação sem qualquer processo ou acusação, ou seja, a vítima não sabia o porquê de estar sendo

executada. Em um estágio avançado do regime totalitário alemão, havia a perda de qualquer conceito lógico de inimigo de modo que as vítimas eram escolhidas aleatoriamente, sem a propositura de nenhum processo ou procedimento.

Havia, também, um completo abandono de todo o valor moral ou ético no nazismo, inclusive, na óptica de Agamben (2008, p. 30), o abandono de Deus por permitir que esse regime de terror acontecesse. O horror causado pelo regime nazista causa grande repercussão até hoje, pois, em nome de uma ideologia de pureza da raça, houve um total de "55 milhões de mortos, aí incluídos 20 milhões de soviéticos, 15 milhões de chineses, 5 milhões de alemães e 3 milhões de poloneses não-judeus" (MORRISON, 2006, p. 354/355).

O regime nazista tornou-se especialista em criar um sistema fabril de cadáveres, cuja máquina produtora era denominada "campos de concentração", sendo o mais famoso deles nomeado de *Auschwitz*. Neste local, as vítimas geralmente chegavam de trem, quando eram submetidas a uma seleção dos prisioneiros - alguns eram enviados para os trabalhos compulsórios, outros iam diretamente para a morte.

Os selecionados para o extermínio eram encaminhados para as câmaras de gás, cujas instalações eram subterrâneas. Primeiramente, os prisioneiros passavam por uma sala gigante, com capacidade de milhares de pessoas, para se despirem e deixarem seus objetos pessoais. Alegava-se, para evitar o pânico, que as pessoas passariam por uma higienização, consistente em uma ducha e um tratamento desinfetante e, em seguida, seus pertences seriam devolvidos. Tal alegação soava verossímil, pois, de fato, havia todo um sistema de encanamento e de duchas implantado na instalação subterrânea, porém, que jamais foram conectados à rede de água.

Em seguida, as pessoas se dirigiam a uma segunda câmara onde havia as duchas e as portas eram seladas. Contudo, ao invés de sair água, era expelido um gás tóxico que dizimava várias vítimas. Ato contínuo, os corpos eram encaminhados para um terceiro anexo, onde ocorria a cremação.

Aqueles que não eram enviados ao extermínio permaneciam sob trabalhos compulsórios nos campos de concentração. Não lhes era dado uma alimentação adequada, nem condições de habitação ou de vestimentas dignas. Viviam em uma condição desumana e não era rara a ocorrência de suicídios. O sistema de opressão no qual viviam os prisioneiros era, deveras, intenso. Aos desobedientes e àqueles que ousavam tentar a fuga, condenava-se a permanecer nu, ao céu aberto, sem nenhuma alimentação ou água. Pior, deixava-se o infrator à vista de todos, como exemplo de que, comportamentos dessa extirpe, não seriam admitidos.

Retirava-se, portanto, do prisioneiro todo o direito, toda a dignidade e toda a individualidade de modo que o ser humano (a pessoa) podia ser denominada de não-homem e a vida era considerada "nua", uma vez que era desprovida de direitos (AGAMBEN, 2008, p. 60).

Tal situação, embora conhecida por alguns cidadãos, não podia ser mencionada. Tratava-se de uma questão "sigilosa", pois buscava-se extirpar toda a prova de que esse extermínio ou imposição de condições desumanas havia ocorrido, ou seja, o regime nazista tinha a pretensão de negar a existência da morte. Por isso, correta a utilização do termo "fabricação de cadáveres", pois não eram pessoas que morriam, mas não-pessoas, dado que eram destituídos de dignidade. Era tão absurda a violação a direitos que até os próprios prisioneiros passavam a duvidar que aqueles eventos estavam acontecendo com eles, porque o "horror compele ao esquecimento" (ARENDT, 1989, p. 493).

Esse exemplo do nazismo demonstrou que a corrente positivista, respeitada por ter sistematizado a ciência jurídica, apresentava drásticas falhas, que foram utilizadas para subsidiar um regime de terror. Demonstrou, ainda, como o uso de prerrogativas legais, autorizadas e permitidas pelo direito, foram usadas para instituir um regime de exceção. Esse é justamente o perigo que o sistema de crise traz consigo, conforme também destaca Meelo (1980 apud VIEIRA, 1988, p. 97). Desta forma, era necessária uma reformulação dessa corrente de pensamento ou, nas palavras de Radbruch (1962, p. 41) era fundamental a superação do positivismo em sua forma pura.

3. A indispensabilidade dos valores de dignidade humana, igualdade e liberdade para a formação da ordem jurídica

As insuficiências do pensamento positivista em captar valores morais e as atrocidades dos regimes totalitários fizeram os estudiosos do direito repensar suas teorias. Um claro exemplo dessa modificação de pensamento foi Radbruch (1962; 2006) que, na primeira fase de sua vida acadêmica, adotou uma postura extremamente positivista em que se voltava para a segurança jurídica como um preceito inafastável e superior ao próprio ideal de justiça.

Contudo, o autor modificou radicalmente o seu posicionamento, voltando-se contra o positivismo para incrustar, no direito, aspectos morais. Por moral, compreende-se:

> o conjunto de normas não-impostas por qualquer autoridade, vigentes em um grupo social, observadas espontaneamente, não podendo ser exigidas pelo

> governo (...), que estabelecem o que é lícito ou ilícito, bom ou mau, justo ou injusto (SANTOS, 2001, p. 163).

Já os valores são "símbolos integradores e sintéticos de preferências sociais permanentes" (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 345). A ideologia, em outro viés, organiza os valores "hierarquizando-os, constituindo uma pauta de segundo grau que lhes confere um uso estabilizado. A ideologia é, então, uma espécie de valoração última e total, que sintetiza os valores" (FERRAZ JÚNIOR, 2004, p. 346).

Em outras palavras, o valor é uma determinada preferência social de caráter permanente. O valor supremo, que organiza todos os demais valores, chama-se de ideologia. Por fim, o conjunto de valores em determinada sociedade e num período histórico é a moral. Fazendo-se uma analogia com o pensamento positivista kelseniano, o valor seria a norma jurídica; a ideologia a Constituição e a moral, o ordenamento jurídico.

Radbruch (1962) percebeu que, embora a moral não se confunda com o direito, ela é parte essencial no pensamento jurídico por dispor sobre o bem, os deveres do homem social e os costumes. Logo, o pensamento positivista era insuficiente por não reconhecer no direito nenhuma limitação de ordem moral ou social; por desprezar os valores que influenciam diretamente os comportamentos sociais; por utilizar a sanção como forma de conformar e não de aprimorar a sociedade; por compreender o sistema do direito como completo, quando, na verdade, não o é.

Em contrapartida à teoria positivista, Radbruch (1962) compreende o direito como uma obra humana impregnada de valor que visa regular a sociedade. Esses valores confluem em uma ideologia, que é a noção de justiça, que deve estar inter-relacionada com a realidade social. Observa-se, portanto, que Radbruch (1962) rompe com uma estrutura formal de valores, defendida por Stammler (apud LARENZ, 1997, p. 132), pois é relevante ao sistema jurídico o conteúdo e o significado dos valores relevantes ao Direito.

Dentre os diversos valores apreendidos pelo direito, o valor central (ou uma ideia, conforme concepção neokantista) é a justiça. Logo, o direito é uma realidade que tem como fim servir à justiça. Essa justiça assume três facetas: ora é tratada como um critério de igualdade de tratar de forma igual os semelhantes e desigual os diferentes na medida de sua desigualdade. Também a justiça é a finalidade de todo o ordenamento jurídico que é proporcionar o bem de todos. Nessa segunda faceta, a justiça se resume a uma categoria ética em apreender os comportamentos mais benéficos ao sistema social. Por fim, a justiça também consiste em uma ideia de segurança jurídica de tratamento igualitário e de respeito pelo

ordenamento às próprias normas que impõe. Nessa última acepção, observa-se a importância da doutrina positivista em fornecer instrumentos, como os textos normativos, para a estabilidade jurídica.

Logo, na concepção de Radbruch a ciência do direito é uma construção teleológica e axiológica. Teleológica, pois busca compreender e expor os institutos jurídicos singulares em conformidade com outros fins mais gerais e superiores até se chegar a um fim último ou supremo. Axiológica, pois o objetivo supremo é a ideia de justiça, cujo significado se torna mais claro com a consagração de direitos humanos, que merecem ser respeitados e considerados. Esses direitos e a justiça, como fins do sistema jurídico, são supremos e se sobrepõem, inclusive, à segurança jurídica. Desta forma, Radbruch (1962) abandona radicalmente sua postura positivista, evidenciada no início de vida acadêmica.

Contudo, isso não implica que o direito seja idêntico à moral. Na verdade, são bastante distintos. Porém, não estão dissociados, mas vinculados em uma relação de complementação. Até nas hipóteses em que se reconhece uma lei como injusta, mas, ainda assim, ele é obedecida, age-se por uma razão moral – pela confiança de que o ordenamento, como um todo, é justo (KRIELE, 2009, p. 41).

Os valores passam, assim, a ser essenciais à validade do direito e indissociáveis à norma jurídica. Porém, não há uma cisão total com o positivismo, uma vez que admite ser indispensável ao ordenamento a segurança jurídica. Conforme preceitua Larenz (1991, p. 46), a segurança também se trata de um elemento essencial para se considerar uma norma justa, pois o cidadão deve ter a certeza que haverá uma aplicação igualitária e previsível das regras de direito. Logo, parece correta a postura de Barroso (2007, p. 22) ao afirmar que, no sistema do direito, não se pode abandonar nem o positivismo (segurança jurídica), nem os valores (a justiça).

A noção de moralidade relacionada ao direito também se encontra em consonância com o pensamento de Larenz (1997) para quem a ciência do direito e seus métodos são orientados a valores. Esses (valores) são indispensáveis ao direito, pois lhe confere coesão e sentido, bem como permite uma aplicação do direito, não mais limitado apenas à subsunção, mas em uma aplicação coordenada de valores (LARENZ, 1997, p. 132).

Assim, uma grave deficiência do positivismo é considerar o ordenamento jurídico como simples disposições normativas “postas” e não como possíveis respostas aos problemas provenientes das relações humanas na sociedade, orientados pela ideia de justiça e de segurança (LARENZ, 1997, p. 337). O positivismo torna imutável o direito ao afirmar que as situações concretas são solucionadas por meio da simples análise literal do texto normativo,

quando, na verdade, o texto da lei por si só não oferece uma resposta aos problemas concretos. É necessário que a ciência do direito não apenas identifique o texto aplicável, mas analise também os valores que fundamentam e justificam essas respostas. Somente com a análise dos valores, que revelam o conteúdo de justiça e sua concretização em diversos contextos, é que a ciência do direito torna mais claro o conteúdo da justiça.

Dois discípulos de Radbruch – Robert Alexy e Ronald Dworkin – absorveram, em suas teorias, a importância da moralidade para o sistema do direito. Na obra "teoria dos direitos fundamentais" de Alexy (2006), o resgate à moralidade fica evidente logo na introdução na qual consta que a teoria dos princípios é uma teoria essencialmente axiológica, que visa resgatar a "tão depreciada teoria valorativa dos direitos fundamentais" (ALEXY, 2006, p. 29).

Diante dessa importância, conferida aos valores por Alexy (2009), que ele compreende um ordenamento jurídico como válido quando observa três elementos: a eficácia social, a correção material e a legalidade conforme o ordenamento que, correspondem, respectivamente, aos conceitos sociológico, ético e jurídico do direito. Quanto ao aspecto ético de validade, o direito deve observar os preceitos de moralidade que lhe são intrínsecos, como a justiça e a equidade.

A correção material, portanto, equivale à justificação moral, que se baseia em um discurso racionalmente fundamentado, ou seja, na argumentação jurídica baseada na razão. Logo, Alexy (2009) afasta-se de concepções de moral universal para afirmar que os aspectos axiológicos são apurados mediante um método ou um procedimento, que é a argumentação jurídica racional. Alexy (2009, p. 37-42) frisa, ainda, que, na verdade, é a pretensão à correção que é necessária e, por ser uma pretensão, pode ser distinta da realidade. Logo, segundo Alexy (2009, p. 37-42) o que difere uma corja de larápios de um sistema de dominadores é que, embora ambos obedeçam a requisitos mínimos de dignidade, liberdade e igualdade, no primeiro admite-se que o sistema foi instituído para impor a opressão de uma minoria sobre uma maioria, enquanto que, no segundo, almeja-se um fim superior, como o desenvolvimento do povo, embora esse ideal não corresponda à realidade. Portanto, somente esse último é um sistema jurídico, já que observa a pretensão à correção.

Contudo, quando esse sistema, mesmo observando a pretensão à correção, seja, de fato, extremamente injusto, ele perde a sua validade (ALEXY, 2009, p. 110). Logo, Alexy (2009) admite a existência de normas injustas, mas o ordenamento como um todo não pode sê-lo. Inclusive, é possível sustentar o ordenamento jurídico baseado apenas em uma ordem de valores (embora seja preferível um sistema de princípios, o qual suscita menos

interpretações divergentes que os valores) (ALEXY, 2006, p. 146). Na óptica individualista, a relevância dos valores também está presente, pois, diante de um problema concreto, que deve ser solucionado, utilizam-se os juízos de valor de forma racionalmente fundamentada (ALEXY, 2006, p. 36).

Trazer os valores para o âmbito do direito, positivados na forma de princípios, tem como escopo reconhecer a dignidade humana como pressuposto de uma existência racional. Implica, ainda, na consagração de um rol de direitos inalienáveis e postos em face do Poder Público e do próprio Direito. Ainda, implica em se ter um direito popular em conformidade com a realidade social, pois o sistema jurídico não se legitima por um seleto grupo que detém o poder. Logo, nenhum órgão estatal pode se valer do direito para praticar um discurso incompatível com a realidade social, como o extermínio de parte da população.

Por outro lado, Dworkin (2003) compreende que somente existe uma autêntica democracia, como governo do povo, quando este compartilha a mesma moralidade, ou seja, "quando todos os membros da comunidade são seus membros morais" (DWORKIN, 2003, p. 36).

Diante disso, Dworkin (2003) propõe em sua obra aquilo que denomina de leitura moral, consistente em uma forma especial de "ler e executar a Constituição política" de modo que todos os cidadãos (incluindo-se, sobretudo, juízes e advogados) interpretem e apliquem os amplos e abstratos direitos dos indivíduos com referência a princípios morais de decência e justiça.

A análise moral do direito, no entanto, traz alguns inconvenientes. "Ela parece eliminar a importantíssima distinção entre direito e moral, pondo o direito na dependência dos princípios morais que por acaso são adotados pelos juízes de determinadas épocas" (DWORKIN, 2003, p. 5). Ainda, "a moralidade política é extremamente incerta e controversa" (DWORKIN, 2003, p. 2), posto que cada pessoa tem a sua própria leitura moral sobre os eventos sociais.

Por isso, a fim de se evitar os problemas inerentes à moral, opta-se, nesse estudo, por um modelo de sistema baseado em princípios jurídicos, positivados no âmbito da Constituição na forma de direitos fundamentais, conferindo ao poder Judiciário a autoridade de interpretá-los.

Contudo, Dworkin (2006) bem assevera que a positivação de valores, na forma de direitos fundamentais, não lhes retira do âmbito da moralidade. Quando positivados, esses preceitos passam a denominar-se de "princípios morais constitucionais" (DWORKIN, 2003, p. 16), pois, na solução de casos difíceis, que não podem ser resolvidos por meio do método

positivista da subsunção, o texto normativo dos princípios, por ser geral e abstrato, é insuficiente para resolver a controvérsia. Logo, sempre se recorre a preceitos extra ou meta jurídicos para a solução de controvérsia.

Portanto, tanto Dworkin (2003) quanto Ferraz Júnior (2003), compreendem que a ideologia do direito é a justiça, o que coaduna com o pensamento de Canaris (2002), o qual compreende que o valor supremo de justiça, compreendido por uma noção de igualdade ou equidade, confere unidade ao sistema do direito.

Toda essa exposição da importância dos valores também está presente no pensamento de Canaris (2002). O referido autor incorporou, em sua teoria do direito, a importância dos valores para o ordenamento jurídico. Para ele, o direito é um sistema e, por isso, caracterizado pela unidade e pela ordenação. O elemento que confere unidade ao ordenamento jurídico é um princípio básico ou um valor supremo que é a justiça, que é compreendida por uma noção de igualdade ou equidade que é "tratar de modo igual os semelhantes e de modo desigual os desiguais na medida de sua desigualdade". Já a ordem é compreendida por coerência e hierarquia.

A primeira característica (coerência) corresponde à validade material ou simplesmente "validade", que é necessidade do ordenamento de evitar "contradições" ou "antinomias", ou seja, é a necessidade de inexistir conteúdos que se excluam. A segunda característica é a validade formal ou simplesmente "vigência" que é a necessidade de se hierarquizar as normas jurídicas em escalas de modo a se evitar contradições. Logo, para Canaris (2002), assim como para Radbruch (1962), o direito é uma ordenação teleológica e axiológica; teleológica, pois busca um determinado fim, que é a justiça e axiológica, pois seu fundamento é um valor, que é a justiça.

Por isso, para fins do presente trabalho, o ordenamento *jurídico* observa necessariamente conteúdos valorativos de justiça e de igualdade. Semelhantemente, a norma jurídica também respeita conteúdos morais. Ainda que a norma, singularmente analisada, seja imoral ou indiferente à moral (ou seja, amoral), ela, quando considerada em relação a todo o sistema jurídico, observa ou, ao menos, respeita aspectos axiológicos de igualdade, liberdade e dignidade. Logo, o regime nazista não consistia em uma ordem *jurídica*, embora, de fato, fossem uma rígida e bem organizada ordem social.

Em razão desse posicionamento e da aproximação com os valores e com os princípios, o presente estudo enquadra-se no pensamento pós-positivista ou neoconstitucionalista do direito, tal como os pensamentos de Alexy, Dworkin e Canaris (SARMENTO, 2009). Esses autores enquadram nessa categoria por reconhecerem e

defenderem algumas características peculiares do direito contemporâneo, tais como: a) a relevância dada aos princípios jurídicos, reconhecidos como autênticas normas jurídicas; b) utilização de métodos mais abertos de interpretação e aplicação do direito, como a ponderação, a tópica e a teoria da argumentação; c) influxos do direito constitucional nos demais ramos do direito que passam por uma releitura a partir da Constituição, dos valores, dos direitos fundamentais e da dignidade humana; d) aproximação entre o direito e os valores; e) reforço das prerrogativas institucionais do Judiciário que passa a influenciar diretamente na política e nas relações sociais. Essas características encontram-se presentes nesse artigo, sobretudo a aproximação com os valores de dignidade, igualdade e liberdade para a construção do sistema do direito.

Conclusão

Em síntese, observou-se que o ordenamento jurídico, no pensamento da teoria pura do direito, propiciava a edição de qualquer norma, independentemente de seu conteúdo, excluindo-se, portanto, qualquer correlação ou vinculação obrigatória com a moral. Lado outro, Schmitt (2007), um crítico ferrenho da democracia liberal, defendia que os conflitos políticos e divergências, inerentes à democracia, somente seria superados mediante a atuação de um Soberano, consistente em um monarca ou um representante legislativo.

Embora Kelsen (1995) e Schmitt (2007) divirjam sobre quem seria o guardião da constituição, ambos corroboraram teoricamente para a instituição do regime nazista alemão. A concentração de poderes nas mãos do Führer, que poderia instituir qualquer norma jurídica sem qualquer vínculo moral, propiciou condições favoráveis para um regime jurídico baseado no terror com graves violações aos direitos humanos. O regime nazista possibilitou o surgimento de um não-homem, ou seja, um ser totalmente destituído de direitos. O pior é que tais atos foram acobertados e amparados pelo Direito.

Essa total desvinculação entre moral e o direito no pensamento positivista, encontrou como principal opositor Radbruch (1962) para quem era indispensável a superação positivista para inserir no direito valores morais, a fim de evitar os abusos cometidos no nazismo. O direito observaria, assim, um valor supremo que é a própria noção de justiça. Sem essa relação necessária com a moralidade, o sistema não seria jurídico.

Alexy (2009), Dworkin (2003) e Canaris (2002), em perspectiva ao pensamento de Radbruch (1962), incorporaram em suas teorias a relevância dos valores. Para Alexy (2009), um dos elementos indispensáveis para o sistema jurídico é a correção material, compreendida

como a relação entre o direito e a moral, o que é possível mediante o uso metodológico do discurso racional. Logo, a moralidade está presente no método da argumentação jurídica. Para Dworkin (2003), a moral está presente em certa sociedade, quando as pessoas compartilham de valores comuns. Esses valores são incorporados no sistema jurídico na forma de princípios ou direitos fundamentais que têm o conteúdo e abrangência mais específicos quando comparado com os valores. Canaris (2002) também possui uma visão universalista dos valores ao afirmar que a ideologia do sistema jurídico é a justiça que, em certa medida, aproxima-se no valor de igualdade de tratamento igualitário entre os semelhantes e distinto entre os diferentes.

É relevante a teoria de Alexy (2009) ao estabelecer a necessidade de um discurso argumentativo racional para se chegar ao entendimento sobre a moralidade, mas também não se despreza a visão universalista dos direitos, compartilhada por Canaris (2002) e Dworkin (2003). Há no direito uma base mínima de consenso que são os direitos de liberdade, igualdade e dignidade, embora a entendimento sobre seu conteúdo e sua aplicabilidade desses direitos seja distinto, conforme o sistema jurídico a que se analisa. Essa universalidade está presente em diversos pactos internacionais, notadamente a declaração universal dos direitos humanos de 1948 e o Pacto São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) de 1969, no qual houve a adesão de diversos países.

Por fim, embora os defensores de uma teoria moral do direito não apresentem um projeto moral específico para demonstrar a existência da conexão necessária entre o direito e a moral, esse projeto não é indispensável, pois não há um modelo moral típico ou definido adotado por toda a história e por todas as comunidades no mundo. Isso não impede a constatação, a partir de exemplos históricos como o nazismo, de que seja necessária a relação do direito com a moral a partir de valores universais e da existência de um racional controle de justificação que proporcione a correção moral e jurídica.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz:** o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito.** Tradução de Gercélia Batista Oliveira Mende. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém.** Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. **Origens do totalitarismo.** Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: **BOLETIM de Direito Administrativo**, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 20-49. jan. 2007.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente.** São Paulo: Artmed, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico.** Tradução de Márcio Publiesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** Tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 3. ed. Lisboa / Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** Tradução de J. L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes: 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado.** Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

LARENZ, Karl. **El derecho justo.** Madrid: Civitas, 1991.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Estudos em Avaliação Educacional.** São Paulo, n.º 20, p. 183-202, novembro de 2000.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito:** dos gregos ao pós-modernismo. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad legal y derecho supralegal.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

_____. **Introdução à Ciência do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCHMITT, Carl. **Teologia política.** Tradução de Elisete Antoniuk. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **O guardião da constituição.** Tradução de Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Legalidade e legitimidade.** Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.