

O POSITIVISMO JURÍDICO DE BOBBIO E O DIREITO JUSTO

BOBBIO'S LEGAL POSITIVISM AND FAIR LAW

Dirceu Galdino Barbosa Duarte*

RESUMO

O Positivismo Jurídico de Bobbio e o Direito Justo é um estudo acerca da importância do direito justo para o Direito Positivo, possibilitando que fundamentos do Direito Natural integrem as normas legais, buscando meios para que o positivado reflita os ideais de justiça. Tal análise é importante porque, ao longo dos tempos, houve uma tendência em se separar o Direito Natural do Direito Positivo, de modo que este raramente reflete os ideais de justiça e, embora a sociedade clame por maior efetividade na prestação jurisdicional, nem sempre os conceitos de Direito e de Justiça se encontram presentes concomitantemente. Para tanto, adota-se uma pesquisa de natureza exploratória e pautada na revisão bibliográfica. Após a análise do conceito de justiça, e de questões afetas ao Direito Natural, ao Direito Positivo e da importância de um direito justo, conclui-se que o positivado deve refletir os ideais de justiça, sem prejuízo de outros fundamentos do Direito Natural, permitindo uma inter-relação, pois só assim se alcançará o denominado direito justo, que atenderá aos anseios dos jurisdicionados.

Palavras-chave: Positivismo. Justiça. Direito Justo. Efetividade.

Abstract

Bobbio's Legal Positivism and Fair Law is a study about the importance of fair law to Positive Law, allowing foundations of Natural Law to integrate legal norms, seeking means so that the positivized reflect the ideals of justice. Such analysis is important because, over time, there was a tendency to separate Natural Law from Positive Law, in a way that it rarely reflects the ideals of justice, and although society beg for greater effectiveness in adjudication, not always are concepts of law and justice present concomitantly. For that purpose, it is adopted a research of exploratory nature and guided by literature review. After the analysis of the concept of justice, matters related to Natural Law, Positive Law and the importance of a fair law, it is concluded that the positivized should reflect the ideals of justice, without disregard of the other foundations of Natural Law, allowing an interrelationship, for only thus will be reached the called Fair Law, that will meet the aspirations of the ones under jurisdiction.

Keywords: Positivism. Justice. Fair Law. Effectiveness.

* Mestrando em Direito público e evolução social pela Universidade Estácio de Sá – UNESA/RJ

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade, os indivíduos buscam uma convivência harmônica e o bem estar comum, ainda que, em determinados momentos históricos, esta preocupação tenha se limitado a grupos menores, e conflitos tenham surgido para resguardar a segurança de determinados grupos. Por isso, com o passar dos tempos, os homens abdicaram de uma parcela de sua liberdade e delegaram, ao Estado, a função de dizer o Direito, evitando-se assim as situações de autotutela, até mesmo porque a vingança privada não proporcionava a segurança desejada, ou seja, as reações desproporcionais a eventuais agressões comprometiam o bem-estar social.

Nesse contexto é que se evidencia que, mesmo antes do surgimento de um Estado organizado, os indivíduos já se preocupavam com determinadas normas de conduta, e, mesmo sem a consciência de que se tratavam de regras destinadas a reger a vida em sociedade, as observavam.

Isso decorre do fato de que o Direito Natural é anterior ao próprio Estado, nos moldes hoje concebidos, o que implica dizer que a noção de justiça também acompanha os homens de longa data, e não obstante o seu conceito seja complexo e sua definição sofra variações de acordo com cada época – e em relação a cada sociedade –, a noção de justiça sempre esteve presente.

Por isso, muitos estudiosos do Direito questionam, ao longo dos tempos, a validade do Direito Natural, seu alcance, sua importância e, principalmente, a existência (ou não) de uma inter-relação e submissão do Direito Natural e do Direito Positivo. Tal discussão ganha relevância quando se percebe que nem sempre as normas positivadas, que são impostas aos indivíduos pelo Estado, trazem em si os ideais de justiça, situação esta que leva a questionar também a efetividade das leis e da prestação jurisdicional do Estado.

Essa é a discussão que norteia o presente estudo, que tem por escopo abordar a importância do denominado direito justo para o Direito Positivo, possibilitando que fundamentos do Direito Natural passem a integrar as normas legais, buscando meios para que o positivado reflita os ideais de justiça e contribua para que tanto as leis, quanto a prestação jurisdicional sejam mais efetivas.

Para a elaboração do presente estudo, adota-se uma pesquisa de natureza exploratória, pautada na revisão bibliográfica, pois se buscam, na doutrina, artigos, periódicos, dentre

outras fontes que constituam elementos capazes de levar à compreensão do problema de pesquisa.

Assim, num primeiro momento, analisa-se o conceito de justiça para, em seguida, abordar a problemática do Direito Natural e do Direito Positivo. Ao final, adentra-se na discussão do direito justo.

2 CONCEITO DE JUSTIÇA

Buscar um conceito de justiça não é tarefa simples, principalmente porque tal conceito sofre amplas variações, de modo que até a Filosofia do Direito não encontra um conceito único de justiça, o que se torna ainda mais difícil se a busca de tal definição se volta para o Direito Natural.

Isso se deve porque o Direito varia no tempo e no espaço, de modo que sofre reflexos, inclusive, da irracionalidade das forças históricas de modo que, com a institucionalização do Direito também viriam os conceitos afins, a exemplo do conceito de justiça. Não obstante, esta tese de variação do conteúdo jurídico no curso da história choca-se diretamente com uma das teses centrais do jusnaturalismo (BOBBIO, 1995, p. 45), qual seja, a existência de um Direito imutável, seja ele ontológico, durante a fase clássica do jusnaturalismo, ou posto pelos deuses, como na fase teológica do jusnaturalismo ou, por fim, o "direito posto" pela razão na fase moderna do pensamento jusnaturalista. (WOLKMER, 2006, p.129).

Acontece que, nas últimas décadas, talvez pela maior conscientização dos jurisdicionados, ou pelo advento da Constituição da República de 1988, consagrou-se uma gama de direitos e garantias – a exemplo da inafastabilidade da jurisdição –, de modo que muito se tem questionado acerca do acesso à justiça e, por conseguinte, da prestação jurisdicional efetiva, principalmente diante de leis que não atendem ao anseio da população, e do Poder Judiciário, que se apresenta moroso, tem-se questionado a eficácia do Estado em proporcionar os direitos básicos aos cidadãos. E o conceito de justiça, reitera-se, está cada vez mais em pauta.

Mas, afinal, qual o conceito de justiça? Brandão (2010, p. 3), ao valer-se dos ensinamentos de Michael Foucault, defende que a justiça pode ser compreendida como um instrumento que vem a intervir nas relações de poder político e econômico ou de resistência.

Ao invés de tratar a ideia de justiça como um princípio absoluto e inerente à natureza do homem, Foucault a coloca no plano da historicidade das relações de poder. A história da

justiça demonstra que ela nada mais é do que algo inventado para servir como instrumento de certo poder político e econômico ou de resistência contra este poder.

Andrade (2011, p. 18), por sua vez, entende que somente é possível compreender o conceito de justiça se se analisar o conceito de Direito que, para o autor, é "uma grande sopa, repleta de ingredientes, fervilhando no caldeirão dialético chamado sociedade". E acrescenta:

[...] Direito representa interesses transformados em normas (leis escritas ou não), que serão interpretadas e aplicadas por julgadores, e nisto tudo misturam-se força, ideologia, poder, influência, fé, método científico, posição social, corrupção, altruísmo, desejo, frustração e outras questões.

Os conceitos supra levam a perceber que a justiça e o Direito se relacionam com os interesses que envolvem as relações sociais, as quais apresentam-se irrigadas da compreensão e interesse dos que detêm determinado poder a favor de seus interesses, deixando-se influenciar por seus valores subjetivos.

Ao longo da história do pensamento humano tem-se considerado a justiça como um valor supremo e universal do Direito. Por isso Cichoki Neto (2002, p. 52) ressalta que o conceito de justiça é imprescindível para o Direito, já que ele "opera com estruturas lógicas e cuja proposição fundamental é um 'dever-ser'". Ressalta o autor que o vocábulo justiça comumente é empregado em duas acepções bem distintas: a primeira sob um prisma ideal e, a segunda, em sentido político-jurídico.

Assim, Cichoki Neto (2002, p. 53-54) salienta que o conceito de justiça não pode ser definido de forma sucinta, posto que é "empregado em duas acepções de diferentes alcance e conteúdo", de modo que a primeira remete à subjetividade herdada da filosofia medieval e expressa uma virtude que deve regular toda a atividade individual e social. Logo, traduz um sentimento e virtude moral, um princípio, sendo, por conseguinte, objeto da investigação filosófica.

A segunda acepção, por sua vez, tem sentido objetivo, independente do Direito, embora seja uma qualidade dele, ou, nas palavras do autor, "um princípio ou critério superior que serve para julgar qualquer norma ou questão jurídica" (CICHOKI NETO, 2002, p. 54). E esse é o sentido que interessa ao Direito, pois "embora não se possa negar que a justiça ideal fornece e fixa os padrões à conduta social do homem", é nesse sentido objetivo e filosófico que a justiça e o Direito.

Cichoki Neto (2002, p. 54) aponta, ainda, dois outros aspectos do conceito de justiça. O primeiro é o formal, que se traduz nos ideais de igualdade, proporcionalidade, harmonia e

equilíbrio, e que, dada a sua generalidade, não se presta a solucionar problemas do Direito; o segundo elemento é o material, que é compreendido como a atribuição "a cada um do que é seu, que preenche o critério de igualdade, nas relações sociais".

São esses valores éticos e morais, insertos no conceito de justiça, em seu aspecto material, pressupostos de existência do Direito, e que, no ordenamento jurídico brasileiro, encontra estreitos laços com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), veio a alterar profundamente a concepção do próprio Direito, em sua exegese e aplicação.

Cichoki Neto (2002, p. 57) chama a atenção para outro aspecto do conceito de justiça, que é a sua concepção humanista. Tal noção clama uma proteção maior aos direitos individuais ou subjetivos, quaisquer que sejam, mediante mecanismos de tutela que assegurem a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, a tutela jurisdicional deve constituir um bem comum aos indivíduos. O autor conclui afirmando que, somente assim, realiza-se o Direito: mediante a solução justa dos conflitos de interesses que emergem do seio social.

No afã de conceituar justiça, Aguiar (2004, p.15) afirma que o termo abarca diversos significados, não raras vezes "realidades opostas, contraditórias e conflitivas usam a mesma palavra para exprimir seus projetos e suas justificações". Acrescenta ele que, sob a rubrica "justiça", algumas concepções chegam inclusive a se anular, pois representam polos em conflitos.

A polarização acima apontada, em termos práticos, segundo o autor, resulta da subjetividade do conceito, pois o que é justiça para uns, é injustiça para outros. Por isso, segundo Aguiar (2004, p.115), "quando tratamos do problema da justiça, ele está sempre interligado com a questão jurídica: a discussão da justiça ou não das leis vigentes". Afirma, ainda, que:

Essa visão é tão cristalizada que leva certos juristas a procurarem uma dimensão justa na sociedade por meio das mudanças das leis, como se o mundo pudesse modificar-se por via de um decreto. Assim, quase que por escamoteamento da realidade, a questão da justiça circula dentro do mundo jurídico como se fosse assunto de sua exclusividade.

Kelsen (2001, p.2) por sua vez, ao tratar da problemática em comento, afirma que a "justiça é antes de tudo uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem

social. Como virtude do homem, encontra-se em plano, pois um homem é justo quando seu comportamento corresponde a uma ordem dada justa".

Resta evidente que há uma preocupação dos autores em conceituar justiça, embora o consenso, como já apontado alhures, inexista. Porém, Direito e justiça sempre são mencionados, de modo que se percebe uma preocupação da justiça em relação à efetividade, o que nem sempre se visualiza quando se discutem questões afetas, exclusivamente, ao Direito. Contudo, antes de se adentrar na discussão do direito justo e do positivismo, imprescindível apresentar-se algumas breves ponderações acerca do Direito Natural e do Jusnaturalismo, principalmente quanto às críticas tecidas a eles.

3 DIREITO NATURAL E DIREITO POSITIVO

As sociedades clássicas construíram ideias que são referências para o pensamento político, inclusive o contemporâneo. É o caso, por exemplo, da ideia de democracia e de liberdades políticas, princípios de justiça, desenvolvimento da corrente do Direito Natural. Logo, é razoável afirmar que essas ideias colaboram para o desenvolvimento do Direito, de um modo geral, embora diversas sejam as críticas tecidas ao Direito Natural e ao Jusnaturalismo.

Os estudiosos do direito travam grandes discussões acerca dos limites e da atualidade do Direito Natural, sendo várias as críticas tecidas a este, não sendo possível chegar-se a uma conclusão quanto à adequação da corrente que nega vigência ao Direito Natural, e fortalece o Direito Positivo, ou da corrente que preconiza a convivência harmônica do Direito Natural e do Direito Positivo e sua inter-relação.

Não obstante essas críticas e divergências, a opinião mais acertada, dentre os estudiosos do Direito e que parece transparecer o entendimento majoritário, defende que tanto o Direito Natural quanto o Direito Positivo regem a ordem social na atualidade.

Isso se deve porque o jusnaturalismo e o positivismo jurídico influenciam, dentre outras áreas, o reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais, bem como os princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito. Logo, a lei natural, que desde os primórdios da humanidade acompanha os povos, ou seja, desde a Grécia e Roma Antiga, não é obsoleta.

Significa dizer, em outras palavras, que vige uma ordem natural preexistente à própria sociedade organizada e que, portanto, está arraigada à própria essência humana; além desta há

uma segunda ordem, esta sim criada pelo Estado e que é cunhada na legislação imprescindível a qualquer ordenamento jurídico. (GUSMÃO, 2001, p. 9).

Ainda segundo Gusmão (2001, p. 30), não se pode ignorar que, no pós-guerra, o Direito Natural ganhou concepção ampliada, não mais eliminando um Direito que resguarda os indivíduos contra ameaças estatais, pois passou a alcançar as condições naturais que conduzem a uma vida mais digna.

No século passado, o Direito Natural ganhou relevância, exatamente no pós-guerra, no tocante à consolidação e à efetivação dos direitos humanos, com vistas a suprir a necessidade de se estabelecer uma sociedade mais justa, devido às grandes sequelas que os indivíduos sofreram nas duas grandes Guerras Mundiais.

Cumprе ressaltar, ainda, que a principal diferença entre o Direito Natural e o Direito Positivo é que este é impositivo e, portanto, executável, o que não ocorre com o Direito Natural, que é de cunho muito mais informativo. Ressalte-se que, quando um Direito Natural passa a ser previsto na legislação positivada, há uma coerência entre o que é moral e o que é positivo, como ocorre, reitera-se, com os direitos humanos, que são universais e que, apesar de terem sua origem no Direito Natural, são positivados em vários ordenamentos jurídicos. (CRANSTON, 1979, p.5).

Em meio a essa inter-relação entre o Direito Natural e o Direito Positivo, é mister lembrar que a natureza é, para o jusnaturalismo, o legislador supremo, doutrina esta que se funda na dualidade do Direito Positivo do Direito Natural, já que princípios morais relacionados às relações interpessoais – fonte de direitos e deveres– e que constitui o ideal de justiça, que, por conseguinte, é o fundamento de validade do Direito .

A esse respeito disserta Kelsen (2001, p. 102):

A chamada doutrina do direito natural é uma doutrina idealista-dualista do direito. Ela distingue, ao lado do direito real, isto é, do direito positivo, posto pelos homens e, portanto, mutável, um direito ideal, natural, imutável, que identifica com a justiça. É, portanto, uma doutrina jurídica idealista [...] Distingue-se [...] pelo *facto* de – como o seu nome indica – considerar a "natureza" como a fonte da qual promanam as normas do direito ideal, do direito justo. A natureza em geral ou a natureza do homem em particular – funciona como autoridade normativa, isto é, como autoridade legiferante. [...] são normas que já nos são dadas na natureza humana anteriormente a toda a sua possível fixação por *actos* da vontade humana, normas por sua própria essência invariáveis e imutáveis.

Contudo, há essa discussão de preponderância do Direito Natural sobre o Positivo, discussão esta que não é recente, pois muitos buscaram negar vigência ao Direito Natural ao longo do tempo. Contudo, o que se espera é que o direito reflita os ideais de justiça

preconizados pelo Direito Natural, principalmente em uma época em que tanto se questiona a efetividade da prestação jurisdicional do Estado, seja pela atuação direta do Poder Judiciário, seja pela aplicação das leis, que devem refletir os anseios da sociedade.

Não é demais frisar que, embora alguns tentem fazer uma clara distinção entre Direito Natural e Direito Positivo, ou jusnaturalismo e positivismo jurídico, essa distinção rígida deve se dar muito mais no campo didático do que no da prática, pois afastar os ideais preconizados pelo Direito Natural, por exemplo do Direito Positivo, seja no momento da elaboração das leis, ou no momento da aplicação delas pelo magistrado, na solução de um conflito que lhe é apresentado, é desvirtuar a própria finalidade do Direito.

Nesse cenário, é importante ressaltar que o positivismo jurídico, segundo Norberto Bobbio (1995 p. 78), pode ser compreendido sob três aspectos. Como uma Teoria do Direito, como ideologia do Direito e, por fim, como um modo de abordar o estudo do Direito. A Teoria do Direito compreende desde a definição do Direito, à abordagem das fontes, à Teoria do Ordenamento Jurídico, ao método de interpretação, à Teoria da Obediência, bem como o modo de abordar o Direito.

Em linhas gerais, a abordagem do Direito pelos positivistas é do tipo valorativa. Para compreender o que significa a abordagem valorativa, cabe esclarecer a diferença entre juízo de fato e juízos de valor. Os juízos de fato se traduzem em teorias, porquanto não existem, nesta espécie de juízos, nenhum questionamento de ordem valorativa, mas tão somente, uma descrição fidedigna da realidade sobre a qual se é feito um juízo de fato ou teórico.

Outra preocupação dos doutrinadores positivistas consiste em elaborar uma teoria do ordenamento jurídico que se baseia em três requisitos fundamentais, quais sejam: a unidade; a coerência e a completude. (BOBBIO, 1995, p. 198).

Além de produzir estruturas teóricas acerca do direito, os positivistas defendiam essa mesma teoria ideologicamente. O termo ideologia é aqui empregado como sinônimo de juízo de valor sobre determinada realidade. E a realidade em questão não é outra senão a dicotomia existente no pensamento jurídico dos jusnaturalistas e dos positivistas. Pode-se, ainda, dividir a ideologia em duas categorias, a conservadora, que intenta manter a realidade como está, pois julga estar mais adequada do que as outras formas que poderiam ser, e a progressista, que pretende transformar a realidade, pois idealiza ser melhor a que deveria ser e não a que é. É notório que além de construir uma teoria do direito, os positivistas entendiam que o direito deveria ser o reflexo dessas mesmas teorias, posicionando-se, desta forma, ideologicamente. (BOBBIO, 1995, p. 123-124).

Logo, o positivismo jurídico pode ser analisado sob três aspectos: como uma abordagem do estudo do direito; como uma teoria jurídica e como uma ideologia do Direito. Em suma, os positivistas abordam o Direito de maneira valorativa, argumentando que cabe ao cientista do Direito perguntar-se tão somente quanto à validade de uma lei, e não se esta é justa. Grandes produções teóricas acerca do Direito fizeram os juspositivistas, sendo de modo que algumas dessas contribuições impulsionaram a ciência jurídica. Nesse sentido, produziu-se um novo conceito de direito, estruturado sob as bases coercitivas do ordenamento jurídico.

Outrossim, a própria noção de ordenamento jurídico é originalmente construída por esta doutrina, sob a base tríplice da unidade, da coerência e da completude. O princípio da onipotência do legislador e a interpretação voltada exclusivamente a descobrir a vontade do agente político já haviam sido anteriormente apresentadas pelos precursores do positivismo, mais especificamente com a escola da exegese. Entretanto, tais tópicos foram sistematicamente polidos e introduzidos na ciência jurídica positiva, tendo, com esta, mais propriedade. E, por fim, os positivistas aspiram a que a realidade jurídica seja espelhada em suas teorias, o que, definitivamente, é um posicionamento ideológico.

Mas, como se viu, o conceito de justiça é relegado a segundo plano, e o questionamento principal é a validade da norma, de modo que a interpretação valorativa não atende aos anseios dos indivíduos, que trazem, arraigados a si, princípios que fazem questionar elementos de justiça, de igualdade, de equidade, de efetividade, dentre outros.

Destarte, o positivismo jurídico afasta o conceito de justiça, ao contrário do Direito Natural, que tem tal conceito arraigado em sua essência. Logo, a noção de justo, que nem sempre ocorre com o Direito Positivo – pois infelizmente inúmeros diplomas legais acabam por não refletir os ideais de justiça e, por ser "Direito Positivo" é imposto pelo Estado – causa certa sensação de insegurança dentre os jurisdicionados, sendo mister analisar a problemática do denominado direito justo.

3 O DIREITO JUSTO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Falar em direito justo, inicialmente, pode parecer utopia, pois o conceito de justiça é por deveras amplo, como se viu alhures, posto que, em alguns momentos, pôde ser analisado sob um prisma subjetivo, sem relação direta com o Direito, dada a generalidade, ou de forma objetiva, influenciando a concepção e o conceito de Direito ou, tão somente, como sinônimo

de acesso à prestação jurisdicional, e, em outros momentos, como meio para uma prestação jurisdicional efetiva. Mas há, ainda, outra preocupação, que é exatamente a de que o Direito Positivo reflita os ideais de justiça cunhada no Direito Natural.

Por isso, há quem defende que o direito justo é uma utopia, inatingível, e que o próprio conceito de Direito não exige essa relação com o ideal de justiça.

Dias [s.d.], ao tratar do tema do direito justo, pontua:

A ciência jurídica construída a partir do enfoque normativista da Modernidade reduziu a visão de complexidade tanto da ciência quanto da realidade. Ao depurar seu objeto – a norma jurídica – de toda contaminação política e ideológica, a Ciência do Direito procedeu a uma simplificação ao nível do pensamento e da realidade. O fenômeno jurídico tem por fundamento o social; volta-se para as relações humanas a fim de orientá-las, regulando as manifestações de conflitividade próprias da vida social. Entretanto, o social não está atravessando apenas pela conflitividade, pelo desvario do poder, pela manipulação, exploração e assujeitamento do mais fraco ao forte.

E, mais adiante, a autora acrescenta:

A ciência precisa romper com o fechamento da razão lógica e recuperar a razão sensível para que possa compreender a socialidade nascente que se expressa em todas as formas de solidariedades coletivas, nas relações afetuais, próximas e empáticas, no sentimento de pertença a distintos grupos – "neotribalismo" – na identificação com um, "nós" que supera todos os individualismos, na ação conjunta que busca a transformação do tempo presente e leva à constituição da comunidade de destino. O direito não pode mais ser pensado apenas enquanto técnica de regulação coercitiva da vida social, pois esta não se constitui somente de ordem, organização e razão, mas também de afeto, sensibilidade, desordem, rupturas, caos. Não há como expurgar a sombra da luz; todos estes elementos convivem numa relação dialética de complementaridade. E o Direito, cujo sentido de ser é ser para a sociedade, deve em sua constituição considerar todos estes elementos. (DIAS, [S.d.]).

Vê-se que a autora chama a atenção para o caos em que vive o Direito, e para a necessidade de se resgatar elementos diversos, a exemplo do ideal de justiça. E isso se deve muito à sensação de impunidade e de insegurança que os jurisdicionados vivenciam, o que decorre de situações como a morosidade do Poder Judiciário, a corrupção que assola diversos setores, as leis que não refletem os anseios da sociedade, ou que não são cumpridas, dentre outros.

Por isso, Dias [s.d.] salienta que se faz necessário trazer para o Direito um sentido próprio, com a somatória de diversos outros sentidos, redescobrimo valores que se perderam ao longo dos tempos, o que permitirá resgatar a credibilidade do Estado e, por conseguinte, do Direito. E acrescenta:

O sentido tópico permite a busca do sentido próprio, do sentido e das ideias em seus respectivos lugares, na definição dos espaços adequados de experiência e de discurso. Mas, a percepção do sentido como tal, embora a partir deste lugar, implica também a descoberta de que ele não se restringe a este lugar e mesmo a nenhum lugar. O sentido da tópica só aparece em sua negação, a u-tópica. E a ú-topica não é apenas a plenitude de sentido de uma estrutura dada, a somatória dos diversos sentidos numa determinada situação de mundo. Neste sentido, a experiência que podemos fazer do sentido pleno é antes a de sua falta.

Destarte, o sentimento de justiça se encontra arraigado na própria consciência humana, e se projeta para as relações sociais. Logo, quando o Direito Positivo não reflete esses ideais – o que decorre da própria essência do positivismo jurídico (que se foca na validade das normas, e não em um juízo de valor) –, faz surgir uma sensação de injustiça social, clamando, por conseguinte, pelo restabelecimento da ordem. E, mesmo quando Bobbio (1995, p. 235) trata do positivismo jurídico concebido como ideologia, quando a crítica se basearia num juízo de valor, distinguindo a versão extremista da moderada, não é possível afastar a ideia de que a lei deve ser cumprida independentemente do seu conteúdo, tornando-se a única fonte do Direito.

Nesse cenário, é que se justifica a preocupação de que o Direito Positivo reflita os ideais de justiça e, por conseguinte, seja concebido como direito justo.

Lima (2010), ao dissertar sobre o Direito Positivo – que tem em Kelsen seu grande precursor –, ainda que de forma bem extremada, pontua:

[...] surge a dúvida entre qual seria o melhor sistema, o moralista, que deve harmonizar os preceitos morais com as normas jurídicas, ou o positivista, em que prevalece o que está escrito, positivado na Lei. Pode-se entender que o melhor caminho seria o moralismo da validade, que faz depender a validade de uma norma jurídica de seu acordo com as exigências básicas da moral. Há de se fazer, portanto, uma clara distinção entre moral e justiça, utilizando para tanto a regra de validade da norma jurídica, mas não em detrimento da norma de justiça, pois esta é a importância de estudar as normas de conduta social, saber que uma está fundada na outra, e se houver discordância entre elas, que prevaleça a norma jurídica, para evitar que haja divergência entre os muitos sistemas de regras morais e diversas opiniões sobre o justo e o correto. Todavia, de forma que o legislador seja sensibilizado e não utilize de caráter subjetivo ou, como afirma Lévy-Bruhl, as leis podem entrar em desuso, por constituírem "letra morta".

Ferraz Júnior (2003, p. 351), por sua vez, sobre a problemática de um Direito que observe a moral e que, por conseguinte, seja justo, clama a necessidade de que a moralidade também integre o texto das leis, pois a validade da norma deve ir muito além do que o positivismo jurídico observa, que é o aspecto meramente formal. O autor ainda pontua:

O direito, em suma, privado de moralidade, perde sentido, embora não perca necessariamente império, validade, eficácia. Como, no entanto, é possível às vezes, ao homem e à sociedade, cujo sentido de justiça se perdeu, ainda assim sobreviver com seu direito, este é um enigma, o enigma da vida humana, que nos desafia permanentemente e que leva muitos a um angustiante ceticismo e até a um despidorado cinismo. (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 351).

Percebe-se, dos ensinamentos do autor supracitado, que é possível um Direito que não manifeste ideais de justiça, e que seja sim observado pela sociedade, pois a lei se reveste da coação, que foi introduzida no conceito de Direito na fase moderna do positivismo jurídico (BOBBIO, 1995, p. 157), contudo, não há como negar que a sociedade espera um Direito que reflita os ideais de justiça.

Os jurisdicionados almejam que se estabeleça a moralidade que se espera do Direito, a mesma moralidade que remete, irremediavelmente, ao Direito Natural, ainda que sejam a legalidade e o positivismo exacerbado os responsáveis pelo atendimento dos critérios de validade e de eficácia, os quais são impostos aos indivíduos. Ou seja, essa inter-relação entre o Direito Natural e o Direito Positivo, alcançando o que se pode denominar de direito justo, é capaz de possibilitar a sensação de segurança e, por conseguinte, uma maior efetividade.

Assim, pode-se afirmar que direito justo é o que se adapta aos ideais de justiça (sem ignorar os elementos de validade da norma jurídica), a exemplo do respeito à vida, dignidade, igualdade, dentre outros, ou seja, a preceitos do Direito Natural. Nesse caso, há uma interação entre o que o Direito Positivo preconiza, e os ideais de justiça estabelecidos ao longo dos tempos.

Nesse sentido, veja os ensinamentos de Soares (2007), que pontua:

O jusnaturalismo se afigura como uma corrente jurisprudencial de fundamentação do direito justo que remonta às representações primitivas da ordem legal de origem divina, passando pelos sofistas, estóicos, padres da igreja, escolásticos, racionalistas dos séculos XVII e XVIII, até a filosofia do direito natural do século XX.

E, mais adiante, Soares (2007) explica que:

[...] o direito natural corresponderia a uma exigência perene, eterna ou imutável de um direito justo, representada por um valor transcendental ou metafísico de justiça. A segunda tese do jusnaturalismo é a superioridade do direito natural em face do direito positivo. Neste sentido, o direito positivo deveria, conforme a doutrina jusnaturalista, adequar-se aos parâmetros imutáveis e eternos de justiça. O direito natural enquanto representativo da justiça serviria como referencial valorativo (o direito positivo deve ser justo) e ontológico (o direito positivo injusto deixa de apresentar juridicidade), sob pena da ordem jurídica identificar-se com a força ou o mero arbítrio. Neste sentido, o direito vale caso seja justo e, pois, legítimo, daí resultando a subordinação da validade à legitimidade da ordem jurídica.

Barroso (2013) também demonstra grande preocupação com a necessidade de que o Direito Positivo reflita o justo, uma vez que a elaboração das leis é realizada por homens que, por sua condição de ser humano, pode ser imperfeita. Afirma, ainda, que o Poder Legislativo, não raras vezes, quando da elaboração de uma lei, esquece-se de que ela “[...] deve atender às exigências do bem comum, e desvirtua, destarte, o elevado fim a que ela se destina”.

Nesses casos, não haverá uma inter-relação entre o positivado e os ideais de justiça, de modo que a função de observar os ideais de justiça são transferidos para o Poder Judiciário, pois, quando o magistrado analisa um caso concreto, pode (e deve) invocar os princípios gerais do Direito – afetos ao Direito Natural – para revestir a sua decisão de inconteste e imaculada justiça.

Acontece que o magistrado, quando chamado a analisar um caso concreto, embora exerça importante papel na interpretação das leis, tem uma atuação limitada, não podendo deixar de aplicar determinado diploma legal sob o argumento de ser este injusto, por exemplo, seja pelo conteúdo que exprime, seja pelo procedimento que regulamenta, o que contribui para a sensação de não efetividade da prestação jurisdicional.

Ademais, essa não é uma tarefa simples, pois cada um "traz em si, a ideia do que é Justo, e a ideal do que seria Justiça. Não é por outra razão que todos devem obediência à ordem jurídica, pois impossível litigar com base no vago conceito do Justo." (BARROSO, 2013). Em outras palavras, a interpretação do que é ou não justo pode levar a uma sensação ainda maior de insegurança jurídica.

Sobre o tema Barroso (2013) sintetiza:

[...] como não existe estrita correspondência entre querer e poder, assim também não concordam sempre o justo e o legal. A lei “quer” realizar o justo, mas nem sempre pode fazê-lo. É ela, entretanto, o caminho pragmático para se buscar o que é justo, ou seja, a justiça valor (o justo abstrato: bom, equânime, correto). Instrumento humano, a lei (que aqui se confunde com o próprio direito) é imperfeita, insuficiente, contida em expressões verbais que não abrangem a complexidade de todos os fenômenos psicológicos e sociais; mas é o caminho.

Espera-se, portanto, que o legislador busque consubstanciar, incansavelmente, a noção de justo nos diplomas legais. Contudo, isso não basta, pois os magistrados e a sociedade devem trazer, arraigadas, as concepções do conceito de justiça, como se extrai dos ensinamentos de Silveira (*apud* FREIRE, 2011, p. 56), *in verbis*:

Pode-se pretender mudar a lei, buscando um direito justo, mas o caminho indicado é a via democrática, mediante as pessoas legítimas exercidas sobre o Parlamento, o trabalho de convencimento, a persuasão, a dialética, a divulgação das ideias e das teorias. Principalmente, procurando-se eleger representantes do povo que dignifiquem os seus mandatos, o que produzam leis mais consentâneas com o interesse público, com a paz e o bem-estar social. Não se permite, contudo, que alguém, sem mandato popular, se arvore em legislador, pretendendo aplicar o seu próprio e duvidoso direito, numa indiscutível ameaça à segurança jurídica. No dia em que cada juiz fizer a sua lei, a justiça será, para as pessoas, uma verdadeira loteria, em que quase sempre se perde e raramente se ganha.

Das lições supra, percebe-se que a problemática do direito justo é muito mais complexa que a simples elaboração de leis ou a atribuição do Poder Judiciário, pois ela decorre, em grande parte, da própria dificuldade de se conceituar justiça e da variedade de conceitos que se podem extrair a partir dos valores e dos anseios de cada indivíduo.

Por isso, clama-se por uma maior observância dos princípios inerentes ao Direito Natural para que o Direito Positivo alcance o que se denomina de direito justo, como se extrai dos ensinamentos de Cichoki Neto (2002, p. 55).

Sustentada nos princípios do cristianismo, que proclama a necessidade de uma organização social capaz de permitir o desenvolvimento integral da pessoa humana, de realizar-se em todos os sentidos, mediante a filosofia do Direito fez repousar o conteúdo da justiça sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. Essa tendência de superação do jusnaturalismo, despertada pela filosofia racionalista de KANT – "o homem constitui um fim em si mesmo" – e de STAMMLER – a ideia do "direito justo" – relevou a dignidade da pessoa humana, acenando o valor como critério ideal do Direito.

O que não se pode admitir é que sejam consagradas injustiças, principalmente positivadas, sob o argumento de que é o Direito Positivo que deve prevalecer, pois, na atual evolução do Direito não mais se pode aceitar que, em nome da discussão sobre qual Direito deva prevalecer (natural ou positivado), sejam deixados de lado os ideais de justiça e, por conseguinte, o direito justo.

Estas injustiças legalizadas por um regime político no poder fizeram brotar uma ampla corrente de pensamentos que reconhecem a "justiça" como caráter essencial da norma jurídica. O ordenamento jurídico não é um sistema qualquer de normas coercitivas, mas um direito justo. (BIANCA, 2002, p. 24, tradução nossa).

Comunga desse entendimento, Ferraz Júnior (2003, p. 172), para quem a natureza é grande fonte do direito justo, e que está diretamente relacionada ao Direito Natural, que representa uma tentativa de se codificar o universal e comum a todos os homens e que, por isso, se reveste de imutabilidade. Acrescenta o autor que

[...] se o direito positivo se define pela sua mutabilidade, sua regionalidade, sua circunstancialidade, sua especialidade, a busca do direito natural expressa a angústia do homem num mundo em que tudo, sendo positivo, é relativo

Dá a importância de se preconizar a consagração de um direito justo. Não há como negar que essa visão do Direito, segundo a qual se clama pela observância dos ideais de justiça, identifica um paradigma positivista, mas fundamentado também no Direito Natural; caso não observado esse viés, a sensação de injustiça pode se instaurar, como disserta Freud (1996, p. 137):

Quando, com toda justiça, consideramos falho o presente estado de nossa civilização, por atender de forma tão inadequada às nossas exigências de um plano de vida que nos torne felizes, e por permitir a existência de tanto sofrimento, que provavelmente poderia ser evitado; quando, com crítica impiedosa, tentamos por à mostra as raízes de sua imperfeição, estamos indubitavelmente exercendo um direito justo, e não nos mostrando inimigos da civilização. Podemos esperar efetuar, gradativamente, em nossa civilização alterações tais, que satisfaçam melhor nossas necessidades e escapem às nossas críticas. Mas talvez possamos também nos familiarizar com a ideia de existirem dificuldades, ligadas à natureza da civilização, que não se submetem a qualquer tentativa de reforma.

Por derradeiro, mister ressaltar que não apenas o Direito Positivo deve expressar os ideais de justiça, mas também a atuação do magistrado deve estar voltada a proporcionar que o direito seja justo, através de conceitos como equidade – preceito básico do direito justo; ou seja, é a equidade uma forma de atualizar a justiça nas ações humanas, em face do caráter inacabado de justiça, e da constante modificação das relações humanas.

Posta assim a questão, não há como negar que o direito justo pode proporcionar o respeito à personalidade humana e, assim, estabelecer uma limitação ao arbítrio individual, motivo pelo qual deve refletir, no Direito Positivo, seus fundamentos, pois só assim os próprios fundamentos da República Federativa do Brasil serão observados, e questões como a efetividade da prestação jurisdicional, tão criticada na atualidade.

4 CONCLUSÃO

Buscou-se compreender, ao longo do presente estudo, a importância do direito justo para o Direito Positivo, notadamente no que se refere ao fato de a legislação refletir o ideal de justiça, análise esta realizada com fulcro no positivismo jurídico de Bobbio.

Viu-se que, desde longa data há um embate entre o Direito Natural e o Direito Positivo, de modo que alguns defendem a convivência harmônica desses paradigmas, ou seja, que haja uma inter-relação entre ambos, ao passo em que há defensores de que o Direito Natural se sobrepõe ao Positivo. Há, ainda, quem entenda que, com o advento do positivismo jurídico, restou superado o Direito Natural.

Restou claro, ainda, que o Poder Judiciário enfrenta vários problemas para conferir uma prestação jurisdicional célere e eficaz e, principalmente, eficiente, e tal celeuma decorre, seja de problemas do próprio sistema, ou das leis que não refletem o ideal de justiça.

Há, ainda, a preocupação de que as leis reflitam os ideais de justiça, o que, não raras vezes, cria um embate quanto à própria definição de justiça, já que ela sofre influência da sociedade e do momento histórico em que se busca compreendê-la, o que ganha relevância por ter o positivismo jurídico afastado a noção de justo para analisar o Direito, limitando-se à validade das leis.

Nesse cenário de conflitos, a busca por um direito justo não é questão recente, e assola os estudiosos do Direito, de modo que, embora possa parecer uma utopia, não é tão difícil de ser efetivado, bastando que os legisladores, em especial, tenham consciência de que as leis precisam refletir os ideais e fundamentos difundidos pelo Direito Natural, a exemplo do respeito ao próximo, da dignidade da pessoa humana, do cumprimento das obrigações assumidas, da igualdade material, preceitos esses de cunho moral, e que acompanham a sociedade desde os primórdios da humanidade.

Note-se, ainda, que, na hipótese de as normas jurídicas não refletirem o direito justo, cabe ao magistrado, na análise do caso concreto, principalmente no caso de omissões, ou mesmo de forma integrativa, valer-se da equidade, dos costumes e dos princípios gerais do Direito, para torná-lo mais justo.

Acontece que isso nem sempre é possível, pois, inexistindo omissão, ou sendo claro o texto de lei, não pode o julgador deixar de aplicá-lo sob o argumento de que a norma é injusta, situação esta que gera, ao jurisdicionado, uma sensação de insegurança, impunidade, ineficácia do sistema, dentre outras, a depender do caso concreto.

Fato é que não se pode mais defender a aplicação irrestrita do Direito Natural ou do Direito Positivo, ou seja, não há mais o que se falar em jusnaturalismo ou positivismo jurídico, como excludentes, analisando isoladamente seus conceitos e finalidades, salvo para fins didáticos. Na prática, a inter-relação é imprescindível, pois há uma complementação, que permite que o ideal de justiça seja observado.

Conclui-se, portanto, que a observância do direito justo, na positivação do Direito, é de suma importância, pois ideais como o da justiça, da equidade, da dignidade, dentre tantos outros, alguns até mesmo consagrados como princípios na Constituição da República de 1988, possibilitarão que os indivíduos tenham maior sensação de segurança, de modo que restará justificado o *munus* conferido ao Estado para regulamentar a vida em sociedade e assegurar o bem-estar comum.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, A. R. Roberto de. **O que é justiça**. 6. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2004.
- ANDRADE, Lédio Rosa de. **Direito ao Direito: Conceito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARROSO, Fabiano. **A imperatividade do direito positivo: o conceito do legal e do justo, o direito alternativo e o uso alternativo do direito**. 28 mai. 2013. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/imperatividade-do-direito-positivo-o-conceito-do-legal-e-do-justo-o-direito-alternativo-e-o>>. Acesso em: 14 fev. 2014.
- BIANCA, C. Massimo. **Diritto civile: La norma giuridica i soggetti**. 2. ed. Milano: Giuffré, 2002, v.1.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução Márcio Publiesi. São Paulo: 1995.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais**. "Novos" Direitos e Acesso à Justiça. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2010.
- CICHOKI Neto, José. **Limitações ao acesso à justiça**. 1. ed., 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2002.
- CRANSTON, Maurice. **Direitos Humanos?** Tradução de Reinaldo Castro. São Paulo: DIFEL, 1979.
- DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A utopia do direito justo**. [s.d.]. Disponível em: <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/008.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2014.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FREIRE, Reis. **Ciência do Direito, Norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 56.
- FREUD, S. **Mal estar na civilização**. In: Edição Standard Brasileira de Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro, Imago, 1996, v. XXI.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do Direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KELSEN, Hans. **A justiça e o Direito Natural**. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Almedina, 2001.

LIMA, Adriana Azevedo de Araújo. **Direito positivo ou direito justo?** Um breve ensaio sobre as teorias desenvolvidas por Kelsen sobre moral e justiça. Web Artigos, set. 2010. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/direito-positivo-ou-direito-justo/46206/#ixzz2kAmqQFZv>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Reflexões sobre o jusnaturalismo:** o direito natural como direito justo. UNIFACS, 2007. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&ved=0CFsQFjAH&url=http%3A%2F%2Fwww.unifacs.br%2Frevistajuridica%2Farquivo%2Fedicao_abril2007%2Fdocente%2Fdoc1.doc&ei=II B-UsHvM6v_4AOh3oDYBA&usg=AFQjCNEPef5y_WO_2PkREb24CveYYdMtUA&sig2=PAz5h3S-HEKcI-QSUACNHQ&bvm=bv.56146854,d.dmg>. Acesso em: 14 fev. 2014.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas:** da antiguidade clássica à modernidade. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2006.