

# O PROCESSO DE SECULARIZAÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO

---

*Camila Damasceno de Andrade\**

**RESUMO:** Resumo: Este artigo realiza uma abordagem histórica do processo de secularização do aparato jurídico do Ocidente. Utilizando-se do método indutivo, analisa a influência da religião na construção das mais relevantes teorias do Direito da história ocidental, quais sejam, os jusnaturalismos medieval e racional, o positivismo normativista e o neoconstitucionalismo.

**PALAVRAS-CHAVE:** secularização; religião; Direito.

**ABSTRACT:** This article makes a historical approach to the process of secularization of the Western legal apparatus. Using the inductive method, it analyzes the influence of religion in the construction of the most important legal theories of the Western history, namely, the medieval and rational natural law, the normative positivism and the neoconstitutionalism.

**KEYWORDS:** secularization; religion; Law.

## INTRODUÇÃO

A secularização do Estado propiciou a defesa da liberdade religiosa em suas três esferas, o que motivou profundas mudanças no âmbito religioso como um todo. Com a instauração da neutralidade estatal e com a consequente remissão da religião ao domínio privado, os Estados liberais, precursores da expansão do laicismo, visavam à garantia da liberdade de crença e à elevação da autonomia governamental (MARIANO, 2002).

No Estado teocrático, as normas eram mandamentos divinos e era a Igreja quem detinha os meios de coerção. Havendo tamanha confusão entre as duas instituições, a religião assumia a forma do poder soberano, de modo que a laicidade transformou essa situação e colocou a própria religião sob o alcance da soberania estatal, podendo sujeitá-la às sanções de que antes era detentora (MARIANO, 2002).

Insta observar que as sociedades modernas foram profundamente modificadas, mesmo que de forma gradativa, com a também paulatina secularização que o aparato político sofreu ao longo dos séculos. A confusão

---

\* Mestranda em Direito pela UFSC. camila\_damasceno17@hotmail.com

entre o ente público estatal e a Igreja foi sendo suplantada com o aumento da autonomia daquele, que não só passou a se distinguir do credo que o acompanhava, como também possibilitou a dominação política do Estado sobre o cenário religioso. Dessarte, a secularização afirma a produção estatal como única produção normativa considerada válida, desqualificando os demais ordenamentos na medida em que os sujeita à informalidade. O dogmatismo religioso perde a sua soberania, subordinando-se, também, aos preceitos legais (MARIANO, 2002).

Encarando a secularização como acontecimento propiciado, entre outros fatores, por relevantes modificações no âmbito da teoria do Direito, faz-se necessário investigar, por conseguinte, o processo histórico de modernização das sociedades tradicionais no que se refere às alterações que lhe sucederam especificamente no contexto jurídico.

Sabendo, todavia, que um amplo exame das construções teóricas abarcadas pelo pensamento jurídico ao longo da história foge dos objetivos e ultrapassa os limites deste trabalho, pretende-se apresentar somente um breve panorama das teorias que mais marcaram a civilização ocidental, sem, com isso, desconsiderar a complexidade que cada uma delas carrega. Não se deseja, portanto, visualizar a história a partir de uma perspectiva linear e evolutiva, nem mesmo falseá-la e empobrecê-la através de uma descrição superficial. Assim, com o esforço de sintetizar o desenvolvimento jurídico em conformidade com o processo de modernização, o enfoque da exposição frisarà a ruptura paradigmática promovida pela doutrina positivista e o retorno do moralismo através do neoconstitucionalismo. Observando a influência da moral religiosa nesse processo, verifica-se a impossibilidade de enxergar a história como uma constante superação de arcaísmos em direção ao progresso.

## **1 O DIREITO COMO TEOLOGIA NA DOUTRINA JUSNATURALISTA MEDIEVAL**

A história do Direito, tendo a pretensão de averiguar ações e situações passadas, tal qual faz qualquer outra história, surge como uma ciência ideográfica, relacionando-se a processos e situações individuais do mundo histórico. Objetivando compreender melhor os ordenamentos jurídicos passados, talvez ainda vigentes, ela se diferencia dos outros ramos de investigação histórica por seu interesse particular. Percebe-se, ademais, que a história é, muitas vezes, utilizada pelo Direito com o intuito de fundamentar historicamente os instrumentos normativos atuais, ocultando o seu caráter ideológico pela aparente neutralidade descritiva de sua análise. Assim, a história jurídica pode ser dividida conforme as diferentes acepções atribuídas à

palavra Direito, decorrentes de sucessivas mutações ocorridas no plano do pensamento jurídico (WIEACKER, 1993).

A despeito da importância das concepções justafilosóficas dos antigos pensadores gregos e romanos, inicia-se a abordagem pela passagem dessa cultura clássica e naturalística para o medievalismo teocêntrico e transcendental, marcado por um verticalismo espiritual, corporativo e ortodoxo que via no dogmatismo religioso a máxima fonte normativa. A consolidação do cristianismo como doutrina hegemônica influenciou profundamente a construção jurídica da época, cuja feitura se encontrava sob o domínio eclesiástico, estando espacialmente restrito ao âmbito das relações feudais (WOLKMER, 2006, p. 9-10, 37).

Todas as áreas da cultura e do conhecimento científico encontravam-se sob a ingerência da teologia cristã, o que influenciou a criação de uma filosofia política e jurídica de cunho religioso e dogmático. A patrística ilustra o desenvolvimento de um Direito clerical e de uma doutrina apologética que regulamenta e institucionaliza a fé católica como fonte do conhecimento jurídico, consolidando a supremacia da Igreja Católica ao afirmar que o poder constituído pelos homens deve provir de Deus. Não existindo autoridade que não tenha proveniência divina, o dever de obediência a essa autoridade surge como consequência da vontade divina, o que legitima a atuação da autoridade eclesiástica (WOLKMER, 2006, p. 39-43).

É possível verificar que a patrística traz uma visão pessimista a respeito da natureza humana e do Estado, atribuindo a este a função de controlar a natureza má e pecadora da humanidade por meio da repressão. As pessoas são tidas como naturalmente más e os governantes, com a finalidade de evitar o domínio desse mal, utilizam o terror como instrumento de coibição. A salvação provém da Igreja, instituição paralela ao Estado que acaba por absorvê-lo (BOBBIO, 2001, p. 78).

O pensamento jurídico medieval, impregnado por concepções teológicas, instituiu um Direito hierarquizado que anunciava a ascensão do poder espiritual católico. A oralidade do Direito também o caracterizava, tendo permanecido predominantemente oral até a tímida positivação do ordenamento canônico, baseado na tradição romanística apreendida através das codificações de Justiniano. Como a prática de ler e escrever se fazia presente apenas nas escolas vinculadas à Igreja, todo escrito acabava vinculado à linguagem eclesiástica (WIEACKER, 1993).

Servindo como meio de legitimação da ordem social, política e econômica, o sistema jurídico medieval teve em Santo Agostinho relevante expoente. Baseando-se numa dicotomia maniqueísta, enxergava na Igreja a corporificação de uma cidade celestial responsável pelos assuntos espirituais e

a contrapunha à cidade civil, encarregada dos assuntos materiais e subordinada aos interesses do Estado temporal. A existência humana, então, era dividida em dois grandes grupos, isto é, daqueles que vivem segundo o homem e daqueles que vivem segundo Deus. "Misticamente, damos aos dois grupos o nome de cidades, que é o mesmo que dizer sociedades de homens. Uma delas está predestinada a reinar eternamente com Deus; a outra, a sofrer eterno suplício com o diabo" (AGOSTINHO, 1990, p. 173).

Ao dividir a humanidade entre aqueles que viviam segundo as ordens divinas e aqueles que desprezavam a Deus, subordinou o Estado à Igreja. Seu pensamento instituiu, também, a razão divina como lei eterna, classificando-a como hierarquicamente superior às leis naturais, que, por sua vez, eram também superiores às leis estritamente humanas (WOLKMER, 2006, p. 53-58).

A escolástica surge com o enfraquecimento da nobreza, que acompanha o processo de urbanização e expansão do comércio. Desenvolveu-se, portanto, num cenário em que o Tribunal da Santa Inquisição era criado pela Igreja em resposta à irrupção herética que se alastrava pelo continente europeu e, ao mesmo tempo, o ensino da dialética começava a ser celebrado nas universidades, ao lado da teologia. Logo, utilizando-se do raciocínio lógico-formal, a escolástica visava a legitimar os dogmas cristãos segundo a razão, inspirando-se no pensamento aristotélico clássico. Tinha o objetivo de legitimar as escrituras sagradas não só por meio da evocação de sua autoridade divina, mas pela racionalidade científica que tomava conta dos letrados da época. Para tanto, alegava-se que a filosofia deveria estar a serviço da teologia, desempenhando um papel auxiliar na comprovação da autenticidade das normas religiosas (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 120-123).

São Tomás de Aquino desenvolveu a filosofia jurídica de maior repercussão no contexto da escolástica, buscando expressar a sistematicidade de uma ciência filosófica e teológica através da adesão da cultura pagã da antiguidade clássica aos ensinamentos cristãos do catolicismo medieval. Procurou, com isso, amalgamar a teologia cristã da revelação e da fé com a razão aristotélica, distanciando-se da visão pessimista da patrística ao acreditar que a humanidade podia, ainda, discernir o bem do mal, mesmo quando mergulhada no pecado. Quando guiado pela razão, o ser humano adquiriria a capacidade de praticar a virtude, porque a luz divina lhe apontaria o caminho para a verdade. Destarte, o intelectualismo aristotélico é colocado acima da metafísica agostiniana para São Tomás de Aquino, que, apesar de posicionar a lei eterna como superior às demais, trouxe importantes inovações ao pensamento jurídico ao encarar o Direito como produção humana pertinente à razão, ainda que a qualificasse como imperfeita e incompleta (BILLIER;

MARYIOLI, 2005, p. 121-126).

A doutrina justifilosófica tomista encontra no conceito de justiça a mais relevante relação entre moral e Direito. Esboça um discurso secularizador ao afirmar que "[...] el derecho no pertenece a las cosas divinas, sino únicamente a las humanas" (AQUINO, 2001, p. 470). Diferencia, então, o Direito do sagrado, representativo da lei divina. Entretanto, embora situe a justiça divina como uma virtude geral que não se confunde com a virtude legal do Direito humano, afirma que este deve procurar materializar a justiça que advém da razão divina, porque, na medida em que as leis humanas se afastam das leis naturais, tornam-se corruptíveis.

A relevância da contribuição teórica da escolástica, especialmente da doutrina tomista, ultrapassa o pensamento jurídico medieval, atingindo de maneira contundente os primeiros teóricos da modernidade, que desenvolvem um jusnaturalismo ainda moralista, que abandona, contudo, a característica teológica. O declínio da escolástica, por sua vez, traz em seu âmago um novo movimento intelectual de importância primordial para o processo de secularização do poder político. O nominalismo, também conhecido como empirismo voluntarista, emerge nos horizontes da teologia em um momento histórico de progressiva autonomia do poder temporal sobre o espiritual (WOLKMER, 2006, p. 67-68).

O período de transição entre a sociedade agrária pré-moderna e a nova sociedade industrial modernizada emancipou o Direito natural da teologia moral, passando a basear seus postulados nas necessidades da razão, as quais, de todo modo, eram identificadas pela experiência metafísica, fazendo com que os valores morais ainda permeassem o Direito positivo (WIEACKER, 1993). Nesse sentido, Marsílio de Pádua surgiu como o maior expoente do espírito secularizador de sua época, realizando críticas à instituição católica e assumindo uma orientação laicizadora e cética. É possível encontrar, em seu pensamento, as raízes do jusnaturalismo que lhe seguiu, construindo uma teoria segundo a qual o poder derivaria do povo, de modo que a feitura da lei e a própria forma estatal seriam decorrentes da vontade popular. Embora a sua construção teórica não seja focada no âmbito jurídico, a sua radicalidade rompe com a cultura oficial dominante especificamente por conta de seu inédito viés secularizador. Outrossim, o seu caráter precursor da moderna concepção de positividade do Direito é percebido pelo fato de que enxergava, na existência das leis, a finalidade de afastar a insegurança jurídica e o estado de incerteza, o que preservaria a estabilidade governamental (WOLKMER, 2006, p. 68-72).

Além de distinguir radicalmente o Direito humano do divino, entendendo aquele como derivado exclusivamente dos seres humanos,

Marsílio de Pádua não sujeitava o Direito positivo ao Direito natural, sustentando que aquele tinha a sua própria normatividade coercitiva, cuja validade independeria dos dogmas religiosos da Igreja. Frisava, também, que as leis eram regras provenientes de atos humanos, as quais deveriam ser criadas em atenção às necessidades da cidade, buscando atender ao bem comum e proporcionar segurança e estabilidade governamental (PÁDUA, 1997, p. 19, 116).

Percebe-se, então, que o entendimento de Direito reduzido ao mandato coativo do Estado se originou no autor medieval, que elencou as premissas teóricas que constituiriam, mais tarde, a doutrina positivista, com a afirmação da origem puramente humana do ordenamento jurídico (WOLKMER, 2006, p. 72-74).

## **2 O DIREITO EMANCIPADO DA TEOLOGIA E A CONSTRUÇÃO DE UM JUSNATURALISMO RACIONAL**

No período compreendido entre os séculos XIV e XVI, inicia-se a consolidação dos valores político-jurídicos da modernidade, que acompanham a gradual dissolução da hegemonia das instituições religiosas medievais. Ademais, o renascimento das ciências e das artes traz amplas modificações na cultura, o que repercute no enfraquecimento do papado e no surgimento das monarquias nacionais. Em meio a esse cenário de transformações estruturais nas esferas social, econômica, científica, religiosa e, sobretudo, jurídica, desenvolve-se um mundo secularizado que vê na racionalidade o seu fundamento (WOLKMER, 2006, p. 99-100).

A passagem da economia agrário-senhorial para a implantação da produtividade econômica de mercado ilustra a modernização das sociedades tradicionais, que passam a ter no capital o instrumento essencial às suas atividades, sistematizando o comércio por meio de trocas monetárias e pela implantação do modelo de trabalho assalariado. A decadência do feudalismo inaugura o paulatino processo de constituição do capitalismo, que se expande por toda a Europa, disseminando o individualismo de suas premissas, consubstanciadas na noção de competitividade e no afã de lucro ilimitado. Ao mesmo tempo, a ascensão da burguesia e o fortalecimento da realeza enfraquecem a aristocracia e a Igreja Católica, modificando a rígida estrutura estamental que caracterizava as relações de servidão do período feudal. A burguesia traz consigo a necessidade de secularização da cultura, porquanto pretende consagrar uma ideologia de emancipação que sirva aos seus propósitos ao defender o individualismo e a meritocracia, o que impõe a substituição da doutrina clerical por outra, posta pelos humanos (WOLKMER,

2006, p. 101-103, 119).

A reforma protestante, marcada, em sua fase inicial, pelo conservadorismo luterano e pelo desprezo pela legalidade temporal, intentou evitar o processo de secularização, conquanto desejasse a derrocada do catolicismo. A fisionomia autoritária e conservadora do luteranismo dissonava do espírito renascentista e liberal que avultava pela Europa, pois rejeitava explicitamente a subordinação humana à lei positiva, dado que entendia que apenas a lei divina poderia conduzir o Direito. Apesar de seu conservadorismo, a reforma luterana trouxe a autonomia do sujeito moral em relação à lei temporal como sua marca, favorecendo a interpretação de que a liberdade individual não deveria estar presa à autoridade humana, mas somente aos desígnios divinos (WOLKMER, 2006, p. 112-114).

Já a doutrina calvinista vê a reforma como oportunidade para modificar a Igreja, importando do mundo jurídico o método exegético e adotando a interpretação literal como forma de estudar os textos bíblicos. Assim, a relação entre Direito e protestantismo foi modificada, na medida em que este passou a flexibilizar a sua visão jurídica e a abrir a sua doutrina ao ideário liberal, tendo influenciado sobremaneira a instauração do capitalismo moderno pelo individualismo de sua mentalidade (WOLKMER, 2006, p. 115-116).

O jusnaturalismo racionalista não pode ser compreendido sem que se leve em conta o impacto que a reforma protestante gerou na construção da modernidade, ainda mais quando se observa que os teóricos do jusnaturalismo moderno tendem, em sua maioria, para a religião protestante. A construção de um novo ethos cultural por meio do renascimento substituiu a perspectiva teocêntrica e transcendental pelo racionalismo e antropocentrismo, o que se deveu, entre outros fatores, ao advento da reforma (WOLKMER, 2006, p. 116-118).

O Antigo Regime abarca, concomitantemente, o processo de secularização e o momento em que o poder fundamenta a sua autoridade em teses absolutistas, demonstrando que o avanço do projeto de modernização não deixou completamente para trás a noção de que a legitimidade do Direito estava em seu caráter divino. Apesar da influência crescente da racionalidade aristotélica desde a escolástica, a autoridade do soberano ainda era devida, supostamente, à vontade de Deus. Essa compreensão partia do pressuposto de que, ao lado do ordenamento humano, estavam as leis naturais ou divinas, concepção que vinculava fortemente o Direito à moral, assumindo que a validade de uma norma jurídica estava subordinada a sua justiça. Ressalta-se que esta justiça não tinha, obrigatoriamente, cunho religioso, nem sempre fazendo o Direito humano depender do divino. Percebe-se, dessa análise, que

o referido tempo histórico intercala as tradições clássicas e a inovação do mundo moderno, anunciando, com isso, a ruptura que estava por vir e o declínio da pré-modernidade.

O amadurecimento do processo de modernização andou ao lado das revoluções liberais burguesas que antecederam o pensamento iluminista, resultando no paradigma societário contratualista que modificou a história das teorias do Direito. O jusnaturalismo racionalista incorpora uma tradição idealista e abstrata, que tem a sua base na doutrina do liberalismo. O nascimento de uma ética de cunho individualista, que vê a liberdade como princípio máximo, inspira o combate ao Antigo Regime, voltando-se contra a organização centralizadora do poder monárquico e instituindo, em seu lugar, os modernos Estados liberais e representativos (WOLKMER, 2006, p. 103-105).

O jusnaturalismo abarca um Direito fundamentado na natureza humana, identificando-o com a ideia de racionalidade, compreendida como intrínseca ao homem. Seu princípio basilar é representado pela crença na existência de direitos naturais inatos, invioláveis e imprescritíveis, que atuam como elemento de validade do Direito positivo. O alicerce da ordem jurídica, por sua vez, encontra-se em disposições morais, de caráter axiológico, sendo essencialmente valorativo. A ideia abstrata de estado de natureza é invocada como pressuposto racional que tem a função de explicar a origem do Estado, a qual ocorreria após a realização de um contrato social que, enquanto instrumento jurídico, obriga a humanidade a constituir-se em sociedade civil dentro de uma ordem estatal (DIMOULIS, 2006, p. 82; WOLKMER, 2006, p. 130-131).

Ao libertar-se do domínio religioso com a secularização, o Estado passa a deter o monopólio da produção normativa, extinguindo, formalmente, os privilégios jurídicos oferecidos ao credo anteriormente predominante. Ademais, ao definir o Direito como criação intelectual de uma ciência especializada, submete todos os ordenamentos não jurídicos ao domínio da legislação oficial (MARIANO, 2002).

[...] é a secularização um dos primeiros elementos a considerar, no rol de traços emancipadores que permitem uma nova cultura, uma nova sociedade e um novo saber científico. Secularização como rechaço e ruptura com as formas de conhecimento da mundialização eclesial e teológica da Idade Média e com os valores imperantes da astrologia e da magia imperantes (WOLKMER, 2006, p. 122).

A aproximação com a natureza surge como caractere dos princípios da modernidade, sendo visualizada como critério de normatividade para a vida



social na medida em que reproduz um ser mediado pela ciência e pelo uso da razão. A razão passa a ser vista como critério de conhecimento e o racionalismo objetiva conhecer as leis que regem a natureza por meio de sua observação e posterior dominação. Assevera-se que a palavra natureza não é aqui empregada exclusivamente em sentido ecológico-ambiental, mas faz referência, também, à natureza humana, que pode ser descoberta e entendida quando apreendida pela razão (WOLKMER, 2006, p. 122-123).

O estado de natureza jusnaturalista é compreendido como a primeira premissa de sua doutrina, no qual a humanidade não se organizava num corpo orgânico, pois ainda inexistia Estado e sociedade civil. Nesse diapasão, a indisciplina social e política identificava a vivência humana, porque apenas as leis naturais regiam as suas condutas. Observa-se que o Direito natural antecede e preside o estado de natureza, obrigando a todos indistintamente. Com a feitura do contrato social, a humanidade aceitava, livremente, submeter-se a uma autoridade, conservando os seus direitos naturais, mas abdicando da liberdade irrestrita de que antes era detentora. O resultado da adesão de todos os seres humanos ao acordo pactuado era a instituição de uma sociedade civil, na qual a garantia de proteção dos direitos naturais era acompanhada pela prerrogativa de se quebrar o contrato no caso de sua violação, permitindo, portanto, o desrespeito ao poder estatuído (WOLKMER, 2006, p. 132-133). Surge daí a noção de Estado de Direito, no qual o próprio soberano deve se sujeitar à legislação vigente.

O Direito natural racionalista, apesar de sua pretensa desvinculação aos pressupostos metafísicos e religiosos, está atrelado profundamente à moral, ainda que esta encontre a sua solidez na razão humana. Outrossim, a moral que lhe fundamenta encontrou suas raízes, muitas vezes, na doutrina cristã, dado que as marcas deixadas pelo catolicismo medieval até hoje influenciam a cultura popular e jurídica europeia. Logo, a superação do jusnaturalismo teocêntrico não implicou uma total ruptura com o dogmatismo religioso que lhe sustentava, tendo em vista que o moralismo cristão obrigava os teóricos juracionistas, ainda que a aderência às suas normas ocorresse estritamente no plano subjetivo.

### **3 A RUPTURA PARADIGMÁTICA PROMOVIDA PELA DOUTRINA POSITIVISTA**

O inegável desenvolvimento do Direito natural foi marcado, sobretudo, pela afirmação da racionalidade e pela progressiva secularização que se alastrou por todas as esferas sociais, trazendo à tona a discussão em torno da existência ou não de distinção entre o Direito e a moral, seja essa

religiosa ou não. O apogeu da doutrina jusnaturalista foi acompanhado pela sua decadência, porquanto a positivação das normas de Direito natural e a conseqüente negação do pluralismo jurídico buscaram instituir uma unicidade que se contrapunha ao dualismo típico do ordenamento normativo jusnaturalista. Os processos de codificação do Direito privado e de constitucionalização do Direito público proclamavam o nascimento de um novo paradigma científico, qual seja, o juspositivismo, instituindo uma produção normativa monista (WOLKMER, 2006, p. 187).

A industrialização, a solidificação do capitalismo como sistema econômico dominante, as revoluções liberais que refletiram a ascensão da burguesia e a sua consolidação como classe hegemônica, em oposição à marginalidade das camadas populares, são alguns dos elementos que caracterizam a tensão entre o liberalismo econômico evocado pelas classes favorecidas e as tendências socialistas que almejavam justiça social e distributiva em meados do século XIX (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 186-188).

A revolução industrial altera a face e a estrutura do mundo de maneira significativa, fazendo irromper a modernidade no horizonte da história. Além das profundas transformações tecnológicas devidas a um desenvolvimento científico sem precedentes, a industrialização acaba por engendrar graves problemas sociais que têm as desigualdades como cerne. Esse ambiente hostil propicia o aparecimento de pensadores e teorias republicanas, socialistas e anarquistas. Em meio a esse cenário, o positivismo e a sua racionalidade científicista emergem como resposta ao crescente inconformismo social, reforçando as posições econômicas e políticas da burguesia ao instituir o monismo jurídico estatal como expressão do formalismo técnico positivista (WOLKMER, 2006, p. 189-191).

O positivismo, então, nasce em meio à desordem com o objetivo de disciplinar a sociedade e de fornecer ao ente estatal um instrumento apto a interferir eficazmente na turbulenta e industrializada vida social. Sua relação indissolúvel com a formação dos Estados modernos é exprimida pela codificação, revelando o esforço de conferir caráter científico ao Direito, em conformidade com o processo de modernização que se difundiu pelo mundo ocidental. Como a característica essencial do conhecimento científico está em sua avaloratividade, o Direito precisa ser encarado sob a ótica dos juízos de fato, dispensando rigorosamente os juízos de valor de sua análise (BOBBIO, 1999, p. 120, 135).

O significado histórico do positivismo pode ser definido como a doutrina segundo a qual o único Direito existente é o positivo, isto é, aquele que é posto pelo poder soberano do Estado por meio de leis que assumem a

forma de normas gerais ou abstratas. Destarte, a compreensão de que a lei é a fonte exclusiva da produção jurídica sintetiza a doutrina positivista que vê o Direito como ordenamento racional da sociedade, que não nasce de comandos ocasionais ou individuais, mas da expedição de normas gerais e coerentes por parte do poder soberano. Exclui, com isso, o Direito natural ou o consuetudinário do conceito oficial de Direito, em razão de seu desenvolvimento inconsciente e irrefletido (BOBBIO, 1999, p. 119-120).

O modelo positivista de ciência aparece como um método de análise descritiva e objetiva, calcada nos parâmetros da empiria, que acaba sendo estendido ao âmbito jurídico. O positivismo jurídico prosperou no continente europeu e se impôs como principal tendência do Direito contemporâneo ocidental, opondo-se, antes de tudo, ao jusnaturalismo pelo fato de este definir a gênese do Direito na natureza e na razão. O positivismo, por sua vez, distingue-se do jusnaturalismo por rejeitar, de pronto, qualquer fundamentação metafísica, teológica ou valorativa do Direito, afirmando que este tem a sua origem tão somente na norma posta por uma autoridade competente. Reduzindo a sua análise a categorias empíricas a respeito da funcionalidade das estruturas legais vigentes, vê a expressividade do Direito na formalização normativa, prezando pela segurança jurídica por meio da interpretação lógico-gramatical da lei (WOLKMER, 2006, p. 190-191, 199).

Em sentido amplo, pode-se dizer que o positivismo entende o Direito como aquele que é sempre posto por uma autoridade competente para tal, diferenciando-se, portanto, da visão dualista que posiciona as leis humanas ao lado das leis naturais. Inobstante, isso não significa que a moral tenha deixado de influenciar a produção e aplicação das normas jurídicas em razão do declínio do Direito natural. Observa-se, pois, que o positivismo *lato sensu* não rejeita o influxo moral sobre a criação do Direito e sua interpretação, albergando a tese de que a positivação e adoção do monismo não rechaçaram a moralidade, apenas deixando de submeter a validade das leis humanas a preceitos morais teoricamente superiores. Por sua vez, o positivismo em sentido estrito considera que o Direito deve estar necessariamente desvinculado da moral, opondo-se frontalmente ao preceituado pelo moralismo. Tal corrente juspositivista não se coaduna com a ideia de que o legislador e o aplicador da lei estão autorizados a basearem suas atividades em seus juízos morais e senso de justiça, assim como rejeita a suposição de que o Direito sempre irá satisfazer ou reproduzir exigências da moralidade. O Direito, com isso, deixa de ser guiado por conceitos valorativos, o seu conteúdo perde a importância e a forma que lhe é dada é responsável por lhe conferir validade (DIMOULIS, 2006, p.78-87).

Segundo Bobbio, o positivismo reduz a justiça à validade,

entendendo que a mera validade de um comando é suficiente para lhe atribuir justiça, enquanto a doutrina do Direito natural atribui valor de comando apenas àquilo que considera justo. No entanto, o autor admite que formulações tão extremadas não são defendidas pela maior parte dos teóricos positivistas, que não afirmam que a simples validade é suficiente para atribuir justiça a um preceito legal, entendendo que ambas constituem critérios de valoração normativa distintos (BOBBIO, 2012, p. 60-61).

Hans Kelsen surge como o principal teórico do juspositivismo, buscando construir uma teoria pura do Direito, livre de quaisquer influências externas, como a política, a economia ou a moral. Os ideais de justiça, para Kelsen, são subjetivos e irracionais, motivo pelo qual não podem ser confundidos com a ciência jurídica. Ao estudioso da ciência jurídica o que interessa é responder a pergunta “o que é e como é o Direito?” e não “como deve ser o Direito?”, porque ele é visto como um fato, como aquilo que efetivamente é na realidade (KELSEN, 1999, p. 1).

A doutrina jusnaturalista entendia que o Direito se alimentava da moral, pois além de ser originário dela, contribuía para que a moral imperante numa sociedade se modificasse. Haveria uma inter-relação constante entre moral e Direito, tendo em vista que um direito sem moral seria puro arbítrio, não encontrando fundamento social adequado. Quando unido à moral, atuaria como um instrumento da justiça e contribuiria para a coesão social. O fundamento ético do Direito, nesse sentido, seria a responsabilidade social de cada um para com os outros, havendo a necessidade de limitar as liberdades de todos para que todos pudessem ser realmente livres (BITTAR, 2012, p. 57).

O positivismo kelseniano, por outro lado, ao adotar o relativismo axiológico, entende que há várias morais em diferentes sociedades e mesmo dentro de um único grupo social, afastando o critério da justiça para afirmar se um determinado ordenamento é jurídico ou não. As regras jurídicas, nesse sentido, não precisam estar em acordo com a moral imperante na sociedade, o que não implica um desprezo pela moral ou pela justiça, mas a ausência de vínculo entre acepções valorativas e o Direito positivo (KELSEN, 1999, p. 42).

Uma norma pode ter um caráter moral e ser recepcionada pelo ordenamento jurídico, tornando-se, com isso, válida e apta a produzir efeitos. Caso só constitua um ditame moral, sem a sua positivação por parte de uma autoridade competente, continuará sendo tão somente um ditame moral, que pode obrigar internamente, mas não terá validade nem obrigatoriedade perante o Direito (BOBBIO, 2012, p. 50-51). Assevera-se que tal compreensão é típica do positivismo inclusivo, o qual sustenta uma separação meramente conceitual entre Direito e moral, entendendo, portanto, que as avaliações morais não devem integrar o conceito de Direito, mas que podem, contudo,

influenciá-lo de fato. Já a tese da separação normativa entre Direito e moral, típica do positivismo exclusivo, renega por completo uma pretensa relevância de parâmetros morais na criação e interpretação das normas jurídicas (ALEXY, 2005, p. 18).

É possível perceber que o positivismo posiciona o Estado no centro da produção do conhecimento jurídico, assimilando o espírito secularizador que se espalhou pelo mundo com o advento da modernidade. Contrapondo-se ao entendimento de que a moral seria absoluta, cuja validade seria atemporal e suprema, baseia-se numa visão relativista que percebe a intolerância jusnaturalista com aquilo que não concorda com o preceituado por tal moral.

O Direito natural, cultuador de uma moral racionalista, acaba por transformar a sua própria ética em cristalizados preconceitos, tendo em vista que, se a moral naturalista é proveniente da razão ou da vontade divina, a consequência lógica estaria em se descartar tudo aquilo que se revele como discordante. A visão relativista, por sua vez, enuncia a existência de inúmeros sistemas morais, cabendo a cada indivíduo construir a sua própria hierarquia de valores de acordo com sua experiência de vida. A justiça passa a ser vista como fruto de uma concepção subjetivista, de modo que a aceção de bem e mal se torna variável.

#### **4 O RETORNO DA MORALIZAÇÃO JURÍDICA COMO RESPOSTA AO POSITIVISMO**

O neoconstitucionalismo ou pós-positivismo se enquadra como um novo alicerce epistemológico dentro do âmbito hermenêutico constitucional que perpassa o Direito contemporâneo. O maior obstáculo para essa singular vertente interpretativa consiste em definir, racionalmente, as formas de interconexão entre moral, política e Direito, estabelecendo modelos de racionalidade embasados, preponderantemente, no princípio da razoabilidade, ao invés de se sustentarem exclusivamente no formalismo científico positivista (CADEMARTORI, 2006, p. 135-136).

A validade normativa, segundo esse panorama, estaria relacionada à convergência das normas ordinárias ao preceituado pela Constituição, que não mais seria tomada como centro do qual tudo deriva, mas como um ponto em relação ao qual tudo deve convergir, a partir dos diversos elementos da vida social. Não mais se utilizaria de critérios estritamente silogísticos para se atribuir validade a uma norma, pois a Constituição seria vista como um ponto de chegada, não de partida (CADEMARTORI, 2006, p. 136).

Nesse sentido, a política constitucional é vista como corolário da criação de normas que atendessem a diversas nuances da vida social, estando

profundamente atrelada às perspectivas econômica, moral, política, cultural, estabelecendo-as como princípios constitucionais (CADEMARTORI, 2006, p. 136).

Manual Atienza se filia às doutrinas jusmoralistas ao entender que a prática do Direito deve se centrar na argumentação desde a produção das normas pelos órgãos competentes, até o momento em que são aplicadas e concretizadas pelo órgão estatal. Assim, a argumentação deve estar presente nas decisões dos juízes para justificá-las, alegando que a aplicação da norma não deve se resumir a um simples silogismo mecânico, mas adentrar na materialidade do Direito, ou seja, no conteúdo deste, que deve, por sua essência, respeitar concepções superiores de justiça. O Direito, segundo o autor, não pode se ater meramente à forma, mas deve tratar de sua substância, o que é feito através do caráter corretivo dos argumentos. Dessa forma, o neoconstitucionalismo de Atienza se aproxima da pandectística alemã, atribuindo à discricionariedade do juiz a produção efetiva do Direito, construído com base na interpretação dos casos concretos e na argumentação (ATIENZA, 2002, p. 18-21, 25).

Tal noção, porém, aproxima-se demasiadamente do moralismo jusnaturalista, que ressurgiu como uma resposta à crise que o Direito enfrenta na contemporaneidade e pretende, mais uma vez, uni-lo à moral e condicionar a sua legitimidade a juízos valorativos. Afinal, a retomada da afirmação de que há princípios que antecedem o Direito é, como se sabe, o que conceituava os direitos naturais do início da modernidade. Há um vazio substancial nos princípios constitucionais que, segundo o neoconstitucionalismo, devem nortear o Direito, tendo em vista que o seu conteúdo não é definido, mas precário, frágil e aberto a uma infinidade de interpretações discricionárias.

O rigor dedutivo e a lógica formal do positivismo se contrapõem à moralidade valorativa do jusnaturalismo, que, a despeito de sua clareza e precisão conceitual, que encontram na racionalidade o seu sustentáculo, não atende às premissas secularizadoras que designam o projeto da modernidade. Há uma certa implicação religiosa no conceito de Direito natural, mesmo quando emancipado da visão teológica e metafísica própria do medievo. O caráter axiomático do jusnaturalismo pede a adesão da vontade e não apenas da razão, legitimando as suas normas através de preceitos morais cuja sacralidade é ocultada pela alcunha de direitos naturais. Ao perceber um valor intrínseco às normas, o jusnaturalismo concede legitimidade ao Direito positivo, ao passo em que o positivismo dessacraliza o Direito, identificando na noção de Direito natural um sucedâneo da origem divina da norma (PIERUCCI, 1998, p. 59).

O problema do ateísmo e do teísmo não é um problema científico, mas religioso e metafísico. A ciência exige, apenas, a pureza do método, ou seja, não permite que, em seus juízos, se imiscuem conceitos religiosos ou metafísicos. Assim, por si mesmas, as ciências naturais não são a favor, nem contra o ateísmo. Repete-se, com facilidade, o grande pensamento crítico de Kant, de que é impossível demonstrar a existência de Deus. Apenas, a segunda parte deste pensamento crítico deveria ser tão popular quanto a primeira, a saber: que a demonstração contrária, isto é, da inexistência de Deus também é impossível cientificamente, pois Deus é um conceito que não pertence, nem à experiência, nem ao conhecimento, mas à fé (HAINCHELIN, 1971, p. 44).

A superação do estilo de vida social pré-moderno se dá com a instituição de um Direito formalista que somente atribui validade às normas legitimamente estatuídas. A possibilidade de se revisar o conteúdo do Direito é resultado desse processo que, ao abandonar a noção de sacralidade da norma, permite a sua modificação e reformulação. A emancipação humana se reflete na emancipação do Direito em relação à religião, reduzindo o âmbito de atuação da transcendência à esfera privada (PIERUCCI, 1998, p. 60-61).

O desencantamento do mundo que se seguiu à secularização permitiu a superação das tradições religiosas e a separação do Direito de sua origem canônica. A legitimação das normas passa a depender de sua proveniência estatal e não mais de qualidades imanentes a esse ordenamento normativo. O positivismo é, então, um produto modernizacional, fruto do desencantamento da religiosidade e do descrédito atribuído à racionalidade divina, avançando de maneira irrefreável sobre as esferas da normatividade (PIERUCCI, 1998, p. 60).

Entretanto, percebe-se que hoje, passado o alvoreço das revoluções liberais que anunciaram a secularização, a religiosidade não perdeu a sua autoridade e busca retomar a força legitimadora que a modernidade lhe retirou. O regime democrático, em seu esforço liberalizante, permite e inserção do sagrado no Direito mundano, esquecendo que essa mesma admissão foi responsável pela exclusão histórica de grupos sociais marginalizados. O ponto de vista religioso é reafirmado na esfera pública em afronta à laicidade instituída, fazendo o seu ímpeto dessecularizador desconstruir a segurança prometida pela doutrina positivista.

Não se olvida que a moralização do Direito encabeçada pelo neoconstitucionalismo não diz respeito, necessariamente, a uma moral religiosa. Sabe-se que a moral se refere às ordens e costumes que regem os

indivíduos isoladamente e em seu convívio em sociedade, podendo haver uma ou várias morais em coexistência. O próprio positivismo inclusivo acata o posicionamento de que instituições laicas podem produzir e positivizar normas morais. No entanto, a crítica que aqui se delinea toma como base o atual contexto de ascensão do pentecostalismo no Brasil e do recrudescimento de seus ideais conservadores, seguidos pelo fenômeno da inclusão religiosa nos mais diversos setores da sociedade, sobretudo na política e atividade legislativa. A sacralização e encantamento do mundo que seguem a esses sintomas tipificam a ambição pela tomada do poder terreno, revelando o possível, e muitas vezes não camuflado, desejo dos clérigos pentecostais pela construção de um governo teocrático.

Verifica-se, nesse sentido, que o neoconstitucionalismo, ao trocar os direitos naturais por princípios morais hipoteticamente superiores, atribui valor intrínseco a uma norma, potencializando, com isso, a sua universalidade. Tais princípios e os juízos moralistas que os sustentam adquirem, portanto, uma legitimidade quase sacral em meio a um mundo supostamente dessacralizado.

Ressalta-se, pois, que o neoconstitucionalismo não legitima incondicionalmente uma moral religiosa, mas abre as portas para que essa legitimação ocorra. Os princípios surgem como sucedâneo da origem sagrada da norma e, embora tomem outra forma e aparentemente obliterem a autoridade religiosa na criação e interpretação do Direito, sabe-se que não só as instâncias legislativas que produzem as normas jurídicas como também os tribunais que as aplicam são profundamente influenciados por tradições religiosas que, inclusive, estão na origem da invenção dos princípios.

Sabendo que a história não constitui uma marcha evolutiva rumo ao progresso, não se nega a ascensão de um processo de reencantamento do mundo, capaz de comprometer a secularização e de contagiar, inclusive, as tradições jurídicas. Destarte, no momento em que princípios de inspiração cristã são absorvidos pelo Direito ou afirmados por seus órgãos aplicadores, a religiosidade é trazida à tona, pois a ordem positivista de tratamento igualitário às diferentes religiões é deixada de lado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Explanou-se sobre a influência do processo de secularização do Ocidente na construção do Direito estatal moderno, verificando-se que o positivismo, ainda hoje predominante, foi constituído a partir de uma radical diferenciação entre Direito e moral, contrapondo-se, portanto, ao jusnaturalismo, seja em sua face teológica ou racionalista. Foi, ainda, realizada



breve referência ao surgimento de novas teorias no meio jurídico que se empenham pelo retorno do moralismo, pregando, mais uma vez, a vinculação entre moral e Direito.

Levando em consideração todo o processo que culminou na independência do Direito à moral, permitir que uma religião influencie a produção do conhecimento jurídico é retornar ao jusnaturalismo dualista, ainda que maquiado por outras denominações. Uma sociedade secularizada reconhece a primazia do indivíduo e impossibilita a afirmação de um Direito superior, estatuído por preceitos de uma moral religiosa, ao lado do inferiorizado Direito criado pelos seres humanos.

A imparcialidade do Estado fica comprometida quando a religião e o Direito não se diferenciam de forma devida. Adotando a concepção positivista, a ordem jurídica deve obedecer a uma hierarquia de normas, na qual a Constituição se encontra no topo da pirâmide normativa. Assim, a previsão constitucional da laicidade estatal vincula todas as demais normas a se ajustarem aos seus preceitos, de modo que a confusão entre quaisquer credos religiosos com o Direito ou com o Estado implica um desrespeito aos princípios constitucionais e abre margem para que outras arbitrariedades sejam cometidas, mascaradas pela aparência democrática.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. Granada: Comares, 2005.

AGOSTINHO, Santo. **A cidade de Deus**: contra os pagãos. Tradução de Oscar Paes Leme. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1990.

AQUINO, Santo Tomas. **Suma de teología**. 4. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2002.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do direito**. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

BITTAR, Eduardo. **Curso de ética jurídica**: ética geral e profissional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Batista. 5. ed. São Paulo: Edipro, 2012.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica principiológica e colisão de direitos fundamentais**: as teorias de aléxy e dworkin e os aportes de habermas. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 11, n. 1, jan./jun. 2006, p. 135-141.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Malheiros, 2006.

HAINCHELIN, Charles. **As origens da religião**. Tradução de Clara Alterman Colotto e Walderez Martins. São Paulo: Hemus, 1971.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MARIANO, Ricardo. **Secularização do estado, liberdades e pluralismo religioso**. *Ciudad Virtual de Antropología y Arqueología*, 2002. Disponível em: <[http://www.naya.org.ar/congreso2002/ponencias/ricardo\\_mariano.htm](http://www.naya.org.ar/congreso2002/ponencias/ricardo_mariano.htm)>. Acesso em: 27 set. 2015.

PÁDUA, Marcílio de. **O defensor da paz**. Petrópolis: Vozes, 1997.

PIERUCCI, Antônio Flávio. **Secularização em Max Weber**: Da contemporânea serventia de voltarmos a acessar aquele velho sentido. *Revista brasileira de Ciências Sociais*, v.13, n. 37, 1998, p. 43-73. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_pdf&pid=S0102-69091998000200003&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S0102-69091998000200003&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 27 set. 2015.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1993.

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

---

Recebido em: 04 ago. 2015

Aceito em: 07 set. 2015