

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM  
MESTRADO EM DIREITO

**MARCOS OLIVEIRA DE MELO**

**DIREITO NATURAL, DIREITO POSITIVO E HUMANISMO  
FRATERNAL: A IDEIA DE JUSTIÇA**

MARÍLIA  
2013

MARCOS OLIVEIRA DE MELO

DIREITO NATURAL, DIREITO POSITIVO E HUMANISMO FRATERNAL:  
A IDEIA DE JUSTIÇA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, mantido pela Fundação “Eurípides Soares da Rocha”, para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Construção do Saber Jurídico.

Orientador:

Prof. Dr. OSWALDO GIACOIA JUNIOR

MARÍLIA  
2013

MELO, Marcos Oliveira de.

Direito natural, direito positivo e humanismo fraternal: a ideia de Justiça / Marcos Oliveira de Melo; Orientador: Oswaldo Giacoia Junior. Marília, SP: [s.n.], 2013.

148 f.

Dissertação (Mestrado Direito) – Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Marília, 2013.

1. Direito Natural 2. Direito Positivo 3. Humanismo 4. Fraternidade

CDD: 340.1

MARCOS OLIVEIRA DE MELO

DIREITO NATURAL, DIREITO POSITIVO E HUMANISMO FRATERNAL:  
A IDEIA DE JUSTIÇA

Banca examinadora da Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado: \_\_\_\_\_

ORIENTADOR: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. OSWALDO GIACOIA JUNIOR

1º EXAMINADOR: \_\_\_\_\_

2º EXAMINADOR: \_\_\_\_\_

Marília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2013.

*Ao eterno Professor Dr. Oswaldo Giacoia Jr.*

*Pela sua sabedoria me veio o conhecimento, e pela sua humildade, o ensinamento. Que se alonguem seus dias em fé e paz.*

## DEDICATÓRIA

*Aos meus pais, Benedito e Eurides, por me ensinar, quando pequeno, nos caminhos de Deus; quando adolescente, a perseverar nesse ensinamento; e agora, quando adulto, o significado da vida. Reverta a vocês meus eventuais méritos.*

*À minha eterna princesa, Tânia Cristina, que me ensinou - e ensina - o incondicional do amor, vínculo de perfeição e pureza.*

*Aos meus filhos, Anielly Cristina, Marcos Melo Filho e Caroline Cristina, pois herdaram meus sonhos e renovaram em mim a esperança. Sejam amigos da sabedoria e tenha vossos corações inclinados para o conhecimento.*

*Ao meu amigo e Professor Lafayette Pozzoli, pelo carinho e atenção com que me acolheu, de forma a traduzir o conteúdo semântico da palavra fraternidade. Tens em mim um amigo.*

*Enfim, agradeço àqueles que em mim se fizeram eternos.*

*“O temor do Senhor é o princípio de toda a sabedoria,  
e o conhecimento do Santo é prudência”.*

(PROVÉRBIOS, 9:10)

MELO, Marcos Oliveira de. **Direito natural, direito positivo e humanismo fraternal: a ideia de Justiça**. 2013. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2013.

## RESUMO

A presente dissertação tem como núcleo temático um estudo sistemático e histórico do Direito Natural, em relação com o Direito Positivo, com foco na referência de ambos à ideia de justiça. Ideais de justiça têm acompanhado as principais escolas jusfilosóficas da cultura ocidental, cujas doutrinas gravitam em torno de problemas ligados à justiça e legitimidade, valores que constituem referenciais axiológicos fundamentais tanto do pensamento como da ação humana ao longo da história. Nessa perspectiva, Direito Natural tem sido o eixo sobre o qual se apoiam importantes debates acerca da concepção de justiça, notadamente no sentido de estabelecer a validade e a fundamentação dos sistemas jurídicos. Isso é percebido desde a escola clássica do Direito Natural, passando pelo pensamento teológico de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, e culminando nos pensamentos dos principais filósofos racionalistas do jusnaturalismo, como Grócio, Pufendorf, Hobbes, Locke, Rousseau e Kant. Com o declínio do pensamento jusnaturalista oitocentista, observa-se a ascensão do positivismo jurídico. No entanto, já desde algum tempo eventos históricos relevantes foram também determinantes para deflagrar uma crise permanente do positivismo jurídico, culminado com a necessidade de voltar a postular, contra as exigências do positivismo, a pertinência da reflexão sobre valores no campo de estudos científicos a respeito dos ordenamentos jurídicos, o que significou uma nova reaproximação entre os domínios do Direito e da Moral. Decorre dessa reaproximação uma relação entre Direito Natural e Direito Positivo com roupagem atual — de feição humanista — lastreada na fraternidade laica, cujo preciso significado esta dissertação investiga. Assim, o trabalho procura refletir sobre a exigência de conexão necessária entre Direito Positivo e Direito Natural, vínculo fundado no humanismo fraternal, bem como no entendimento do modo como esta teoria pode influir nos debates atuais sobre problemas fundamentais da justiça.

**Palavras-chave:** Direito Natural, Direito Positivo. Positivismo Jurídico, Jusnaturalismo, Humanismo.

MELO, Marcos Oliveira de. **Direito natural, direito positivo e humanismo fraterna: a ideia de Justiça.** 2013. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2013.

### **ABSTRACT**

This dissertation is a systematic and thematic nucleus historical study of natural law , in relation to positive law , with a focus on reference both to the idea of justice. Ideals of justice have accompanied jusfilosóficas major schools of Western culture , whose doctrines gravitate to issues related to justice and legitimacy , values which are fundamental axiological frameworks of thought as much of human action throughout history . From this perspective , Natural Law is the axis on which to support important debates about the concept of justice , especially to establish the validity and justification of legal systems . It is known from the classical school of natural law , through the theological thought of St. Augustine and St. Thomas Aquinas , and culminating in the thought of the major rationalist philosophers of natural law , as Grotius , Pufendorf , Hobbes , Locke , Rousseau and Kant . With the decline of nineteenth-century natural law thinking, there is the rise of legal positivism . However , already for some time relevant historical events have also been instrumental in deflagrate a permanent crisis of legal positivism , culminating with the need to return to postulate , against the demands of positivism , the relevance of reflection on values in the field of scientific studies about legal systems , which meant a new rapprochement between the domains of Law and Morals . This rapprochement follows a relationship between natural law and positive law with current guise — — humanist cutout backed the secular fraternity, whose precise meaning of this dissertation investigates . Thus , the work seeks to reflect on the requirement of necessary connection between positive law and natural law , founded on brotherly bond humanism , as well as the understanding of how this theory can influence the current debates about fundamental issues of justice.

**Key words:** Natural Law Positive. Positivism. Jusnaturalism. Humanism.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
<b>CAPÍTULO 1 - PERSPECTIVA HISTÓRIA DO DIREITO NATURAL.....</b>	<b>16</b>
1.1 Direito Natural na filosofia clássica .....	16
1.1.1 Sofistas .....	17
1.1.2 Sócrates.....	20
1.1.3 Platão .....	21
1.1.4 Aristóteles.....	24
1.1.5 Epicurismo.....	27
1.1.6 Direito Romano Clássico - Estoicismo.....	28
1.2 Direito Natural Teológico.....	30
1.2.1 Patrística .....	33
1.2.2 Escolástica .....	34
1.3 Direito Natural racionalista - Escola Jusnaturalista.....	35
1.3.1 Hugo Grócio .....	37
1.3.2 Thomas Hobbes .....	38
1.3.3 Samuel Pufendorf .....	40
1.3.4 John Locke.....	40
1.3.5 Jean-Jacques Rousseau .....	42
1.4 Direito Natural em Immanuel Kant.....	45
1.4.1 Moralidade como autonomia.....	47
1.4.2 Imperativos morais .....	50
1.4.3 Obediência à lei moral.....	53
1.4.4 Liberdade em Kant .....	54
1.4.5 Direito à humanidade.....	58
<b>CAPÍTULO 2 - POSITIVISMO JURÍDICO: DA ASCENSÃO À CRISE .....</b>	<b>61</b>
2.1 Ascensão do Positivismo Jurídico .....	61
2.2 Direito Natural e Direito Positivo e sua relação recíproca .....	66
2.3 Positivismo Jurídico no pensamento de Bobbio.....	71
2.4 A crise do Positivismo jurídico .....	89
<b>CAPÍTULO 3 - DIREITO NATURAL CONTEMPORÂNEO .....</b>	<b>93</b>
3.1 Direito e Moral em Alexy: uma necessária reaproximação .....	93
3.1.1 Noções preliminares .....	93
3.1.2 Conceito e Validade do Direito em Alexy.....	95
3.1.3 Casuística em análise.....	101
3.2 Realismo Jurídico de Javier Hervada .....	104
3.3 Direito Natural em John Finnis .....	109
<b>CAPÍTULO 4 - DIREITO NATURAL E HUMANISMO FRATERNAL.....</b>	<b>121</b>
4.1 Mais uma casuística em análise.....	121
4.2 Direito Natural Moderno e o Humanismo fraternal .....	123
4.3 Humanismo moderno em Luc Ferry.....	128
4.4 Humanismo Fraternal como ideia de Justiça.....	131

CONSIDERAÇÕES FINAIS ..... 138

REFERÊNCIAS ..... 142

## INTRODUÇÃO

Os homens vivem em sociedade. Tomando em consideração esse fato, como ponto de partida, os filósofos do direito têm perguntado se a natureza humana é, enquanto tal, determinada pela sociabilidade, como por um atributo fundamental, ou se esse vínculo é acidental. Da sociabilidade entendida como atributo natural do habitar humano no mundo decorre a necessidade de estabelecer regras de conduta imprescindíveis para a convivência harmônica, ancoradas nessa mesma naturalidade. O Direito Natural sempre foi pensado como dotado dessa função harmonizadora e pacificadora, pois que fundado em ideais legítimos e justos, ínsitos à própria natureza do ser humano.

Todavia, a celeuma se estabelece em torno da fundamentação, da própria existência e da validade dessas regras, ou seja, das relações entre o Direito Natural e o Direito Positivo, o direito positivado nos ordenamentos jurídicos historicamente existentes. A discussão reside na necessidade de se estabelecer um núcleo mínimo de direitos naturais, inatos ao homem, que possam ser considerados como um paradigma para a legitimidade do Direito Positivo, servindo também como seu fundamento de validação.

O que podemos entender como Direito Natural não corresponde a um conceito definitivamente estabelecido, de maneira unívoca, no interior de uma perspectiva histórica do pensamento humano. Destarte, é impossível fixar uma acepção única para o uso conceitual da expressão "Direito Natural" - posto que o termo deriva da confluência entre diferentes correntes de pensamentos, impregnadas pela visão de mundo que corresponde à ideologia própria de cada época histórica.

Como bem assinalou Reale (1984, p. 120), no decurso de um mesmo ciclo de cultura, a compreensão jusnaturalista depende do entendimento que cada autor elabora a respeito do ser humano e seus fins, o que torna o Direito Natural, por sua natureza, fluido e problemático. Isso é algo que não pode deixar de ser 'pensado', muito embora não possa ser 'conceitualmente determinado'.

E não poderia ser de outra forma, diferentemente do conhecimento científico experimental, tornar-se uma missão difícil, senão impossível, conceituar e identificar a essência de uma ideia de justiça imutável, perene e eterna que satisfaça a necessidade ímpar da humanidade em todas as épocas.

Por outro ângulo, foram inúmeras as tentativas de negar a existência do Direito Natural ao longo da história. Todavia, mesmo entre aqueles que negam a existência do Direito

Natural, é inegável que existem, de fato, princípios imutáveis, perenes e eternamente válidos, por mais que fossem esquecidos, mal empregados ou desprezados no pensamento prático. Mas percebe-se, numa perspectiva histórica, que grande parte do pensamento filosófico-jurídico vem marcado pelo binômio Direito Natural e Direito Positivo, ora estabelecendo uma distinção de conteúdo, ora identificando uma diferenciação de grau. A discussão se assenta na existência e fundamento de validade do Direito Natural e sua relação intrínseca com o Direito Positivo.

O grande pensador Del Vecchio (1960, p. 276) considera que o Direito Natural acompanhou desde sempre a humanidade, mas que os positivistas fizeram a ele algumas importantes e sérias objeções, assentando que “o Direito Natural é essencialmente distinto do Direito Positivo, precisamente porque se afirma como princípio deontológico, indicando aquilo que deve ser, mesmo que não seja”.

Não podemos incidir no grande erro de pensar que Direito Natural e Direito Positivo são “dois Direitos” distintos e contrapostos. O Direito Natural seria o nome com o qual se designa, por tradição muito antiga, o critério absoluto do justo, e esse se fundou e assentou na própria constituição das coisas e nunca no mero capricho do legislador momentâneo.

Em outras palavras, Direito Natural é a tradução da essencialidade da justiça percebida pela razão humana expressada pelo Direito Positivo, no tempo e no espaço. Assim, é pela razão que o ser humano evidencia sua natureza humana (humanidade) e expressa essa natureza através do Direito Positivo.

Imprescindível, portanto, deter-nos no pensamento da Grécia antiga, marco inicial das primeiras especulações sobre o direito e a justiça que deram fundamento ao Direito Natural, posto que selado por uma ordem de princípios eternos, absolutos e imutáveis, que têm na natureza a justificação do direito.

Tanto que Sócrates faz uma apresentação, no pensamento de Platão, sobre o corpo e a alma: a parte mais perfeita que existe no homem, no ser, é a alma e tal parte (alma) reside no divino. Essa divindade se manifesta na natureza. Assim, no Direito Natural clássico, o pensamento central é copiar esse engendramento da natureza para a justiça.

Nota-se que na época Clássica do Direito Natural (Grécia antiga) não havia relação de graduação entre Direito Natural e Positivo, mas basicamente de conteúdo, em que o Direito Natural refere-se ao direito comum e o Positivo ao direito particular.

Vamos estudar inúmeros pensadores que trataram do assunto, desde a Grécia antiga, passando pelo Direito Romano Clássico onde a essa dicotomia foi tema de estudo entre os romanos (séculos II a.C. a II d.C.), presente na tríplice distinção entre *jus naturale*, *gentium* e

*jus civile*, correspondendo à categoria do *jus gentium* o conceito de Direito Natural, enquanto *jus civile* se refere ao Direito Positivo.

Na Idade Média, por sua vez, o Direito Natural foi considerado superior ao Positivo, pois se acreditava tratar de norma fundada na própria vontade de Deus. Algumas vezes o Direito Natural foi a reação contra a justiça positiva; outras, a observação de uma conformidade entre regras jurídicas de diferentes povos, que induziu a postular uma justiça superior. E, quanto aos modos pelos quais se demonstrou a autoridade do Direito Natural, procedeu-se ora com argumentos teológicos, ora com dados puramente racionais.

Enquanto na Idade Clássica, o Direito Natural foi fixado na divindade e na natureza, na Idade Média há um fortalecimento da Igreja cristã fulcrado no teocentrismo, ou seja, em um único Deus, Jeová. Veremos a grande influência dos gregos na construção do pensamento jurídico-filosófico ocidental na Idade Média, notadamente quanto às teorias da justiça e do Direito Natural, desenvolvidas por Santo Agostinho e por São Tomás de Aquino que foram uma quase compilação das ideias de Platão e Aristóteles.

Nessa época, a relação entre as duas espécies de direito se achava nos planos de graduação: o Direito Natural é considerado superior ao Positivo, haja vista ser considerado a própria vontade de Deus para os homens, inscrita na razão humana ou, parafraseando São Paulo, como “a lei escrita por Deus no coração dos homens”<sup>1</sup>.

Na Escola Naturalista da Idade Média, o Direito Natural universaliza a razão humana como fundamento para os direitos fundamentais eternos, naturais e imutáveis, culminando com a consagração de alguns direitos em declarações universais<sup>2</sup>.

A partir do final do século XVIII o direito foi resumido em duas espécies: Direito Natural e Direito Positivo, já não tendo como diferencial sua qualidade e substância, mas a graduação (grau de posicionamento) de um em relação ao outro.

O racionalismo rompe com o pensamento teocêntrico, culminando no pensamento racional. Vários pensadores surgem nesse período: Grotius, Locke, Hegel, Pufendorf, Rousseau, Kant, dentre outros.

Kant tem um marco teórico em Rousseau, todavia diferente do idealismo de Platão e realista de Aristóteles. Para Kant, a filosofia não é só ideia e realidade, mas também sujeito e objeto. Há necessidade de entender o sujeito sem o qual não há como entender o objeto, ou

---

<sup>1</sup>Livro de São Paulo aos Romanos, capítulo 2, versículo 15 (BÍBLIA SAGRADA, 2002).

<sup>2</sup>Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789, art.1.º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As destinações sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum (DECLARAÇÃO..., 1789).

seja, da interação do sujeito com o objeto é que vai ser construído o conhecimento. Kant propõe uma visão sistêmica do conhecimento.

Ao relacionar esses direitos universais e racionais chega-se às declarações escritas desses direitos. Ocorre que esses direitos carecem de um critério de *decidibilidade* e organização sistêmica. Há necessidade de estudar o Direito como ciência.

O Direito Natural foi considerado metafísico e abstrato e posto à margem da história com a criação do Estado e a necessidade de estabelecer um critério científico ao direito. Disso emerge o positivismo jurídico.

O termo positivismo<sup>3</sup> é relativamente recente (HERVADA, 2006, p. 59). Nasce quando há uma mudança de concepção do direito onde os conceitos de "Direito Natural" e "Direito Positivo" se distanciam sobremaneira, elevando do Direito Positivo à categoria de direito em sentido próprio, relegando ao Direito Natural a uma mera ideologia ética aparte do conceito e conteúdo do direito.

Destarte, o presente estudo está dividido em quatro partes: a primeira traçando uma perspectiva histórica do Direito Natural desde a Grécia antiga até o Direito Romano Clássico, passando pelas principais escolas de Direito Natural teológico. Vamos estabelecer as principais teorias jusnaturalista do Iluminismo nos pensamentos de Grócio, Pufendorf, Hobbes, Locke, Rousseau e Kant, em especial quanto ao nascimento do Estado como guardião do Direito Natural à liberdade.

O segundo capítulo trata da superação do jusnaturalismo e ascensão do positivismo jurídico, suas características e principais pensadores, especulando sobre suas bases teóricas pelo escólio de Noberto Bobbio. Tentaremos estabelecer uma relação recíproca entre Direito Natural e Direito Positivo na feliz lição de Hans Kelsen, para, ao final, determinar os motivos culminantes da crise do positivismo.

No terceiro capítulo, trataremos da necessária reaproximação do Direito e Moral, com uma leitura axiológica do ordenamento jurídico através de princípios humanísticos. Estudaremos alguns pensadores da Escola de Direito Natural Moderno, procurando divorciar-nos do caráter metafísico que impregna o pensamento jusnaturalismo.

No derradeiro capítulo, faremos uma necessária relação entre Direito Natural contemporâneo e o humanismo fraternal, vale dizer, não um humanismo da razão e dos

---

<sup>3</sup> Segundo o autor, o adjetivo "positivo" não foi usado até a Idade Média, mas anteriormente foram utilizados, em seu lugar, outros adjetivos, como "legal" (o próprio das leis humanas); tal é o caso de Aristóteles, que distinguiu o justo natural do justo legal. Os juristas romanos usaram uma divisão bimembre (Direito Pessoal ou Natural e Direito Civil) ou trimembre (Direito Natural, Direito Pessoal e Direito Civil). A partir do século XIX, propagou-se o positivismo.

direitos, mas um humanismo tomado pela afetividade nas relações pessoais fulcrado na ideia de ver a si através do outro, rompendo com uma tradição metafísica, baseada em transcendências, porém a que se firma na imanência do mundo.

O presente trabalho, além de fazer uma abordagem especulativa da histórica das teorias da justiça fundamentada no binômio Direito Natural e Direito Positivo, também estabelece um estudo metodológico do Direito Natural e sua influência conservadora ou incisiva na política ocidental e sua vertente atual através do humanismo fraternal, como melhor idéia de atual justiça.

A satisfação será plena se pudermos despertar no leitor a simples necessidade de reflexão sobre a doutrina do Direito Natural moderno, sem um viés metafísico ou de expressão de fé eclesiástica, mas investigando sua importância para o conceito contemporâneo de justiça.

## CAPÍTULO 1 - PERSPECTIVA HISTÓRIA DO DIREITO NATURAL

### 1.1 Direito Natural na filosofia clássica

O Direito Natural cosmológico tem origem na Grécia por volta do século VI a.C, no período chamado de “cosmológico”, surgindo como a parte da filosofia que estuda a estrutura, a evolução e composição do universo. Desenvolveu-se no período pré-socrático<sup>4</sup>, tendo como principais características a substituição de mitos<sup>5</sup> e divindades pela racionalidade na explicação das origens.

Abandonar um mundo mítico e encontrar uma nova idéia de natureza fez com que os gregos arcaicos travassem uma verdadeira guerra interior. Posteriormente a crença foi focada na vontade de deuses e semideuses, portanto assumindo um caráter religioso.

Assim, acreditavam os gregos antigos que o direito era dominado pela vontade legislativa dos deuses, passando a ser visto como um conjunto de leis sagradas. Se não fosse usada a fórmula sagrada e consagrada, o ato não seria válido. Chama-se a isso de "Reino da Magia", no qual quem conhecia o direito (as fórmulas sagradas) eram os sacerdotes, os Pontífices, que tinham a incumbência de ligar o mundo dos deuses com o mundo terreno.

Nesse período, passou-se a defender a criação do mundo a partir de um princípio natural, das coisas em sua essência e origem. Nessa época, não havia espaço para os problemas éticos ou jurídicos.

Pitágoras (na segunda metade do século VII a.C.) fundou uma associação político-religiosa centrada em valores e ideias éticas, que precederam Platão e influenciaram Aristóteles. Foi o primeiro a estabelecer a relação entre a Matemática, a música e a harmonia do cosmos, partindo do princípio de que o número era a essência das coisas. Assim elaborou primeira teoria helênica solene e justa.

Para Pitágoras, a igualdade aparece como elemento essencial da justiça, e a justiça se funda na ordem natural, simbólica, abstrata e ideal dos números, e não na vontade humana.

---

<sup>4</sup> "Os pré-socráticos estão entre aqueles que primeiro pensaram. Se Aristóteles, Platão e Sócrates se notabilizaram na história da filosofia ocidental não foi sem consideração direta ou indireta ao trabalho de reflexão a que se entregaram estes primeiros vultos que se dedicaram a conhecer a causa de todas as coisas (*pánta*)" (BITTAR; ALMEIDA, 2011, p. 61).

<sup>5</sup> O mito, então, narrava, de forma irrefutável e inquestionável, a origem de alguma coisa, da terra, dos homens, das doenças, dos astros celestes, do fogo, da água, da morte, do bem e do mal, das guerras, dos animais, assim por diante. Ou seja, os mitos explicavam, a seu modo, a origem daquilo que gerava dúvida e curiosidade nos homens. No final do século V a.C., os estudiosos passaram a buscar nos mitos um sentido profundo. Dentro dessa tendência, alguns estudiosos dos mitos concluíram que os deuses eram considerados como homens que, por seus méritos, receberam honras divinas. Procuravam nos relatos mitológicos uma significação racional, embora muitas vezes trabalhassem com elementos puramente subjetivos (VERDI, 2005).

Todos os estudos filosóficos dessa época giravam em torno da cosmologia, buscando a origem do universo e as causas das transformações da natureza. Extrai-se desses estudos uma celeuma mais complexa, vale dizer, o conceito da própria “*verdade*”.

Desenvolveu-se o estudo sistemático sobre a origem da *verdade*, seu conceito e conteúdo. Nesse passo, inúmeros pensadores<sup>6</sup> se debruçaram em afirmar e justificar as diversidades humanas fundamentadas na razão.

Os sofistas estão entre os maiores pensadores dessa época. De qualquer forma, é possível afirmar que a transição do pensamento mítico ou pensamento filosófico operou-se por meio dos pré-socráticos (BITTAR; ALMEIDA, 2011, p. 61), assim como imperava a preocupação mística, cosmológica, religiosa e pela natureza, cuja ruptura somente se deu-se com os sofistas<sup>7</sup>.

### 1.1.1 Sofistas

Através dos sofistas, rompeu-se a tradição pré-socrática e, com ela, a crença em que os mitos, as lendas ou os deuses definiriam o *justo* e o *injusto*. Abandona-se a noção de que o cosmos, a natureza e os deuses eram guias absolutos, passando o homem a ocupar o centro de suas preocupações. Esse movimento iniciou na Grécia no século V, tendo como característica principal o discurso público retórico e pedagógico em auditórios, normalmente remunerado para suas conferências e exposições.

A palavra *sofista* deriva da mesma raiz *sofia*, sabedoria.

O grande serviço dos sofistas foi voltar a filosofia para o estudo do homem, considerado, quer como ser individual, quer como ser social (donde o seu interesse pelas questões de justiça), a fim de alcançar os alicerces da educação sistemática dos jovens (PEREIRA apud BITTAR; ALMEIDA, 1993, p. 441).

---

<sup>6</sup> Cita-se Homero, como expoente da necessidade humana; Heríodo, como pensador do valor supremo, da comunidade e do trabalho humano; Sólon e sua igualdade; Eurípides e a identificação com a legalidade.

<sup>7</sup> A democracia em Atenas fez com que os cidadãos desenvolvessem a arte do falar bem e convencer, a fim de verem aprovadas suas ideias nos plebiscitos. Isso é o que se chamou *retórica*. As obras dos sofistas não chegaram de forma contínua até a atualidade. Somente fragmentos de seus pensamentos persistiram nas citações feitas pelos pensadores clássicos, principalmente em Platão e Aristóteles que, por considerarem importantes os pensamentos dos sofistas, citavam-nos antes de contestá-los. O termo *sofista*, entretanto, com o passar dos tempos, começou a ser utilizado no sentido pejorativo, designando aqueles que empregavam um raciocínio para o qual já se tinha uma resposta. E é em virtude disso que alguns consideram o pensamento sofista de maneira negativa. Foram os sofistas que iniciaram a socialização dos debates filosóficos que se seguiram durante séculos. Com eles, muitas das tradições começaram a ser questionadas e o pensamento grego, a partir de então, mudou radicalmente (VERDI, 2005).

Ser um bom orador na Grécia, principalmente em Atenas, era a chave do poder. Eis a importância dos sofistas, pois surgiram das necessidades democráticas da *polis* na preparação dos jovens cidadãos gregos para o embate em espaços públicos, tribunais através da oratória e retórica.

Nessa época, tudo girava em torno da palavra: os debates políticos, as estratégias para as guerras, as deliberações e proposições legislativas, as defesas e julgamentos nos tribunais, o centro do debate estava na liberdade de expressão do cidadão na *polis*. Os sofistas contribuíram com seus esforços para colocar em dúvida conceitos fixos e eternos, até então entendidos como tradições imutáveis e definições absolutas.

Os sofistas de maior importância foram Hípias, Pródico, Eutidemo, Protágoras e Górgias<sup>8</sup>. Não deixaram escritos vários, todavia suas ideias são conhecidas através dos críticos, notadamente pelos diálogos platônicos. Direcionavam seus estudos para o homem e seus problemas morais e sociais.

Mesmo Platão, ao reconhecer a capacidade de ensinar dos sofistas, afirmou:

[...] julgo admirável a capacidade de ensinar as pessoas, capacidade de homens como Górgias de Leontini, Pródico de Ceos e Hípias de Elis<sup>9</sup>. De fato, cada um desses homens, senhores, é capaz de dirigir qualquer cidade e persuadir jovens [Apologia de Sócrates, 19e] (NADER, 2010, p. 104).

Em geral, os sofistas foram grandes opositores dos conceitos absolutos e eternos, das tradições inalienáveis, inaugurando o relativo, o provável, sendo mais negadores do que construtivos. Assim, foram eles que pela primeira vez fizeram as perguntas pelo fundamento da lei, pela sua validade, pela definição do direito e da justiça.

Desse questionamento surge um certo relativismo, considerando que as *leis* e a *natureza* podem entrar em rota de colisão, ou seja, um conflito entre a ordem moral e o mundo físico natural.

Tanto assim que a proposição fundamental de Protágoras foi que “o homem é a medida de todas as coisas, das que são pelo que são, e das que não são pelo que não são.”

A assertiva reflete um alto grau de relativismo, pois sendo o homem a "medida de todas as coisas", então coisa alguma pode ser medida para os homens, ou seja, tudo deve ser definido pelos homens, o que traz o entendimento de homem como indivíduo singular.

---

<sup>8</sup> Os sofistas não chegaram a formar uma escola, pois não adotaram uma linha única de pensamento, sendo-lhes comum a divergência ou contradição de ideias, embora dirigissem seu estudo para idêntico alvo: o homem e seus problemas psicológicos, morais e sociais.

<sup>9</sup> Todos prestigiados sofistas contemporâneos de Sócrates.

Não é exagero dizer que a Filosofia do Direito tem origem embrionária com os sofistas. Inicia-se um debate que ainda hoje persiste, entre os que defendem na moral o primado da natureza (naturalismo) e os que defendem o da convenção (convencionalismo), em outras palavras, a grande questão que será trazida à Filosofia do Direito será a oposição entre *physis* (referente à natureza) e *nomos* (imane ao homem, convencionalismo).

Para Bittar e Almeida, "muitos dos cultores do movimento sofístico, embasados em tal dicotomia, advogaram a ideia de que existiria uma oposição intrínseca entre a lei da natureza (*physis*), e a lei convencionalizada pelo homem (*nomos*), lei esta que seria artificial e que atentaria contra a ordem natural das coisas" (BITTAR; ALMEIDA, 2011, p. 96).

Surge então a distinção entre o Direito Natural (lei da natureza) e Direito Positivo (lei posta pelos homens), aquele tem origem na verdade, e este no axioma humano. Nessa dicotomia, nasce a ideia de que apenas o Direito Natural é válido e eterno, onde o Direito Positivo encontra seu critério validade.

Nesse sentido, os homens são iguais por natureza, quer sejam gregos ou bárbaros. Essa igualdade por alguns sofistas seria uma ruptura da ideia política da época. Em decorrência, os sofistas muito contribuíram para o conceito de justiça, estabelecendo o relativismo das leis civis, próprias de cada cidade, apontando a contraposição entre lei da natureza e lei convencional, representados pelo Direito Natural e Direito Positivo.

Até então, o Direito Natural na Antiguidade era estudado pelo viés de direito eterno e imutável que rege o funcionamento do cosmos (universo), vale dizer, do universo físico. Não obstante importantes avanços no pensamento filosófico, posteriormente a escola naturalista teve incomparável contribuição por obra dos três grandes gênios: Sócrates, Platão e Aristóteles.

Em resumo, a partir dos sofistas o homem passou a ser o centro das questões e das preocupações filosóficas. Apesar da grande contribuição dos sofistas, foi Sócrates quem valorizou a descoberta do homem, pois o orientou para os valores universais, em busca da essência e da verdade única.

### 1.1.2 Sócrates

Sócrates<sup>10</sup> redireciona o pensamento para uma filosofia eminentemente ética, fulcrada nos caminhos do ser e da verdade, acreditava que com a política haveria o bem da *pólis*, em leis estáveis, universais e verdadeiras, busca da verdade, incitando seus discípulos a descobri-la.

Para esse filósofo grego, homem virtuoso é aquele que pratica o controle efetivo das paixões que tendem ao mal. A verdadeira virtude é uma purificação de todas as paixões. Somente assim o homem poderá encontrar sua felicidade.

Sócrates encontra nas leis um conjunto de preceitos de obediência incontornável, podendo essas serem justas ou injustas. Bem observou Bittar e Almeida (2011, p. 104) sobre o pensamento socrático:

O direito, pois, aparece como um instrumento humano de coesão social, que visa à realização do Bem Comum, consistente no desenvolvimento integral de todas as potencialidades humanas, alcançável por meio do culto das virtudes. Em seu conceito, que nos foi transmitido pelos diálogos platônicos de primeira geração, as leis da cidade são inderrogáveis pelo arbítrio da vontade humana.

Na exposição de suas ideias, Sócrates adotava sempre o diálogo, tanto que, posteriormente, tornou-se conhecida a expressão "ironia socrática". É que a marca constante em Sócrates refere-se a uma postura dialógica com o adversário, já que este assumia uma atitude humilde de quem estava pronto a aprender e elaborava inúmeras perguntas até levar o adversário, em geral confiante e orgulhoso de seu saber, a uma evidente contradição e constrangê-lo à confissão humilhante de sua ignorância.

Todavia, caso travasse um diálogo com seus discípulos, adotava um método elaborando as perguntas, dirigindo-as com o fim de obter do outro um conceito, uma definição geral do objeto em questão.

A esse processo pedagógico ele autodenomina de “maiêutica”, pois acreditava que assim nascia o conhecimento, fundando-se na memória que tinha da profissão de sua mãe (que era parteira), gerando a “obstetrícia do espírito”, que facilitaria a “parturição” das ideias.

---

<sup>10</sup> Sócrates conviveu com o povo ateniense do século V a.C. Seu método maiêutico, baseado na ironia e no diálogo, possui como finalidade a parturição de ideias. Para o filósofo a maior luta humana deve ser pela educação (*paideia*), e que a maior virtude (*areté*) é a de saber que nada se sabe.

Sócrates acreditava que o único meio de alcançar a felicidade ou semelhança com a divindade, fim supremo do homem, seria a prática da virtude. Foi assim o primeiro filósofo a ensinar a prática da virtude. Reconheceu a existência de uma lei natural, independente do arbítrio humano, universal, fonte primordial de todo Direito Positivo e expressão da vontade divina.

Foi Sócrates quem inaugurou a especulação filosófica acerca do conhecimento, do Bem e da Justiça, mas Platão aperfeiçoa a maiêutica de Sócrates e a transforma no que ele chama de *dialética*, conservando a idéia de que o método filosófico é uma contraposição, partindo-se de uma hipótese primeira e posteriormente acrescentando-se críticas através do diálogo, isto é, em um intercâmbio de afirmações e negações.

### 1.1.3 Platão

Platão avançou no conhecimento acerca do conceito de verdade. Sendo discípulo de Sócrates e fundador da Academia, absorveu o pensamento do mestre da virtude como conhecimento e o vício existente em função da ignorância, para posteriormente desenvolver a *teoria das ideias*<sup>11</sup>.

Acreditava que existiria, além do mundo dos fenômenos, um outro mundo de realidades, objetivamente dotadas dos mesmos atributos dos conceitos subjetivos que as representavam. Essas realidades chamavam-se ideias.

Nas palavras de Bittar e Almeida (2011, p. 117),

[...] o platonismo, ao contrário do que faz o aristotelismo, prima pelo idealismo e não pelo realismo. Isso porque o núcleo da teoria platônica repousa na noção de ideia, que penetra inclusive o entendimento do que seja o bem supremo do homem.

Platão trabalhou com dois mundos distintos, ou seja, o mundo das essências, onde existiria a matriz fiel e perfeita de todas as coisas (o mundo das ideias) e o mundo das

---

<sup>11</sup> Para Platão a realidade se dividia em duas partes: a primeira é o mundo dos sentidos, do qual não podemos ter senão um conhecimento aproximado ou imperfeito, já que para tanto fazemos uso de nossos cinco (aproximados e imperfeitos) sentidos. Neste mundo dos sentidos, tudo "flui" e, conseqüentemente, nada é perene. Nada é no mundo dos sentidos; nele, as coisas simplesmente surgem e desaparecem; a outra parte é o mundo das ideias, do qual podemos chegar a ter um conhecimento seguro, se para tanto fizermos uso de nossa razão. Este mundo das ideias não pode, portanto, ser conhecido através dos sentidos. Em compensação, as ideias (ou formas) são eternas e imutáveis.

aparências (mundo material). Para esse filósofo grego, o mundo das ideias era o fundamento de toda a verdade. Já o mundo sensível seria um reflexo do mundo inteligível.

Ensina Platão que os homens deveriam seguir os mandamentos da razão, deixando de lado os desejos da paixão (mundo sensível), posto que repleto de aparências e incertezas. No mundo sensível só teriam da justiça uma imagem, uma ilusão, sendo impossível o alcance da justiça ideal.

A ideia de justiça já está presente nas primeiras obras de Platão caracterizada como *virtude do cidadão*. Com base no mito da caverna, conclui Platão que "só conhece a justiça aquele que é justo".

Para Salgado, agir com justiça em Platão consiste exatamente na superação de toda atitude egoísta, no sentido do reconhecimento da igualdade de direito do outro contra a reivindicação de tudo para si. "Por colocar o outro na mira do agir humano, a Justiça torna-se a maior das virtudes, pois que as demais, a sabedoria, a coragem e a temperança são apenas interiores a ela e precisamente a quem atém diretamente ao Estado como um todo" (SALGADO, 1986, p. 22)

Platão entendia que o homem não é capaz de sempre se estabelecer pela razão, o bom e justo da cidade, sendo que as leis são necessárias para o conceito de justiça e felicidade dos cidadãos. Nas Leis, livro IX, 874, já se dizia: "Sem leis, os homens se conduzirão necessariamente como as feras mais perigosas"<sup>12</sup> (SALGADO, 1986, p. 24). A lei provém da razão humana, sem a qual seria impossível ao cidadão ser educado.

Para esse filósofo, agirá bem quem possui o conhecimento do Bem, sendo que a formação do cidadão deve estar alicerçada sobre os fundamentos da verdade. Nisso diverge do relativismo ético dos sofistas na educação do ser humano<sup>13</sup> grego, pois para estes o critério da verdade está no próprio ser humano que examina a questão conforme o seu interesse.

No pensamento platônico, os seres humanos, quando não educados corretamente, tendem a seguir seus próprios interesses, serão conduzidos por seus afetos e paixões. O filósofo grego ditava a razão como orientadora do comportamento humano. Em outras

---

<sup>12</sup> Em *A República*, essa ideia central, que define a Justiça como virtude, consiste na observância da lei e permanece, mas num outro plano: não já como dedução empírica da necessidade de observar leis na medida em que essas leis sejam a expressão do costume da vida ética do povo, mas como ideia da razão que informa o próprio Estado de Platão, num plano filosófico elevado, visto que não mais ligado ao empírico da observação socrática. O Estado ideal é também o Estado de Justiça e nela não há diferença ente as leis e a Justiça. Suas leis são justas porque editadas por quem pratica a virtude da justiça e, por isso, contempla a ideia de justiça. E conclui: "o bem e o mal, o justo e o injusto são verdades racionais, essências eternas".

<sup>13</sup> Platão e os sofistas debatiam sobre como formar cidadãos. Platão acreditava que o exercício da cidadania na *Polis* está intimamente ligada ao conhecimento da virtude e dos vícios.

palavras, sendo os sentimentos voláteis e transitórios, estes não podem ser fonte inspiradora da verdade, considerando-se esta perene e eterna.

Mais adiante na *República*, Platão passa a expor sobre o conceito de Justiça. No diálogo entre Sócrates e Glauco<sup>14</sup>, o filósofo grego expõe o que não considera ser justiça, e o faz através do mito do anel de Gíges, onde faz alusão à ideia de que os seres humanos são justos unicamente por medo do castigo<sup>15</sup>.

Para Platão, não faz sentido uma Justiça que esteja alicerçada sobre uma paixão, vale dizer, sobre o medo, haja vista que a justiça tem origem na razão e não na paixão (medo da punição). A lei é inflexível; a alma humana, ao contrário, está forçosamente sujeita às paixões<sup>16</sup>.

Partindo desses fundamentos é que Platão defende o pensamento político que está alicerçado na noção da “alma”, divididas em três partes: parte racional (cognitiva), parte irascível (colérica) e parte apetitiva (concupiscente)<sup>17</sup>.

Nesse contexto, Platão faz uma analogia entre alma e Estado. A alma racional deve governar a alma irascível e a alma apetitiva, sendo que o governo do Estado deve ser exercido por aqueles suficientemente capazes de usar a razão para controlar todas as paixões. Extrai-se desse ensinamento que a infelicidade é o resultado do direcionamento equivocado das paixões.

A filosofia de Platão tem orientação ética, ensinando o homem a desprezar os prazeres, as riquezas e as honras, e praticar a virtude. Se no pensamento socrático a ética possui conotação utilitária, ou seja, identificando o Bem como o útil e o agradável para o homem, em Platão a ética é uma valor em si mesmo.

Assim, como um homem necessita do outro, dessas necessidades será fundada a Cidade-Estado, criação do homem para suprir as suas deficiências. A composição do Estado seria então uma sociedade de desiguais, não de indivíduos semelhantes.

Para Platão, a pacificação social necessária somente será possível através do Estado organizado racionalmente. A teoria platônica, segundo a qual a virtude se identifica com o conhecimento, e o Bem, com a Verdade, exercerá grande influência na filosofia grega

---

<sup>14</sup> Livro II da República de Platão.

<sup>15</sup> O personagem dessa história, um pastor chamado Gyges, encontra por acaso uma caverna onde jaz um cadáver que usava um anel. Quando Gyges enfia o anel no próprio dedo, descobre que esse o torna invisível. Sem ninguém para monitorar seu comportamento, Gyges passa a praticar más ações - seduz a rainha, mata o rei e assim por diante. Essa história levanta uma indagação moral: algum ser humano seria capaz de resistir à tentação do mal se soubesse que seus atos não seriam testemunhados?

<sup>16</sup> A Política, 1286a.

<sup>17</sup> Para o filósofo grego, a alma racional busca o conhecimento e a verdade. A alma irascível busca o desejo pela glória e prazer. Já a alma apetitiva anseia os bens materiais.

posterior, notadamente em Aristóteles, nos estóicos e nos neoplatônicos, e será explorada entre os filósofos cristãos.

#### 1.1.4 Aristóteles

O pensamento filosófico clássico se completa em Aristóteles. Mesmo sendo discípulo de Platão, não concordou com muitas das teses do seu mestre. A visão aristotélica é de que o cosmo é um todo organizado e de que os seres humanos, assim como tudo no universo, tendem a uma finalidade.

Aristóteles (384-322 a.C.), como discípulo predileto do idoso Platão, fundou a sua própria escola no Liceu, ensinando informalmente pelos jardins. A sua filosofia desenvolveu inúmeros temas ligados à filosofia jurídica, sendo considerado por alguns como o pai da Filosofia do Direito.

As ideias de Aristóteles representam as bases teóricas do Direito Natural que influenciaram renomados filósofos como Santo Tomás de Aquino. Sua obra tornou-se valiosa para as ciências naturais e humanas ao analisar os conhecimentos.

Estabeleceu duas formas de justo ou direito: direito por natureza (*dikaion phisikon*) e direito por definição legal (*dikaion nomikon*). O justo natural (*dikaion phisikon*) é aquele que por si próprio, por todas as partes, possui a mesma potência (*dýnamis*) e que não depende, para sua existência, de qualquer decisão, de qualquer ato de positividade, de qualquer opinião ou conceito.

O que é por natureza o é, independentemente de outro fator senão a própria natureza (*phýsis*). O justo legal (*dikaion nomikón*), em contraposição, é aquele que, de princípio, não importa se seja desta ou daquela forma (indiferença inicial), porém, uma vez posto (*positum*, positivado), deixa de ser indiferente, tornando-se necessário. A lei possui força não natural, mas fundada na convenção (BITTAR; ALMEIDA, 2011, p. 143).

Para Aristóteles, o Direito é a busca do bem comum. A finalidade do ser humano então seria a busca do bem comum através da razão, sendo o Direito Natural a via perfeita para a felicidade ligada ao Direito Positivo. Considerava o Direito como uma virtude dirigida ao outro<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> A justiça natural é parte da justiça política que visa a permitir a realização plena do ser humano. Sendo naturalmente um ser político, a plena realização do animal racional está condicionada à sua natureza. Rege-se sob o signo de sua natureza, para o homem, significa estar sob o governo da razão, o que se traduz, no âmbito social, estar sob o governo das leis, que são "razão sem paixão". É a justiça natural o princípio e causa de todo

A distinção conceitual entre Direito Natural e Direito Positivo já se encontrava em Platão, mas tornou-se mais explícita em Aristóteles. Vejamos o seguinte trecho da *Ética a Nicômacos*:

A justiça política é em parte natural e em parte legal; são naturais as coisas que em todos os lugares têm a mesma força e não dependem de as aceitarmos ou não, e é legal aquilo que a princípio pode ser determinado indiferentemente de uma maneira ou de outra, mas depois de determinado já não é indiferente (ARISTÓTELES, 1985, 1103a).

Para Aristóteles, a natureza era a fonte essencial do direito, mas não a única. Direito Natural e Direito Positivo deveriam se completar para a criação da solução boa, útil e justa. Para o filósofo, o direito não seria deduzido apenas das leis positivas, mas deveria ser procurado de forma dedutiva e indutiva, nas relações da vida cotidiana, nos fatos, na ordem social, pois seria, afinal, parte do cosmos.

Aristóteles distinguiu dois tipos de justo: o justo natural e o justo político, mas não os separou. O justo natural expressaria uma justiça objetiva imutável e que não sofreria a interferência humana. Já o justo político era a lei positiva que teria sua origem na vontade do legislador e que sofreria variação espaço-temporal. Ensina que há uma lei verdadeira, conforme a natureza, difundida entre todos, constante, eterna e que comanda e incita ao dever, única, imutável, governada por todos os povos em todos os tempos.

É que, para Aristóteles, o natural do ser humano é agir corretamente, pois a razão nos faz agir de maneira correta. Nesse particular, divorcia-se da filosofia platônica de render maior importância às leis.

Na obra *A Política*, Aristóteles faz uma necessária distinção entre a justiça natural e a justiça legal. Resulta disso que o Direito Natural, proveniente da observação e da dialética, não poderia ser formulado em leis e codificado. Justo é o justo por si e não poderia ser resumido sob o aspecto da lei ou código. Entretanto, sua relação com o Direito Positivo seria fundamental, pois constituiria a realidade jurídica em seu conjunto.

Justo seria o que estivesse de acordo com a lei e injusto o que lhe é contrário. A justiça é considerada como uma virtude perfeita. “Justiça é a disposição em virtude da qual os homens praticam o que é justo, agem justamente e querem o justo.”

E prossegue: “Chamamos justo ao que é de índole para produzir e preservar a felicidade e seus elementos para a comunidade política” (ARISTÓTELES, 1985, 1129a).

---

movimento realizado pela justiça legal; o justo legal deve ser construído com base no justo natural. A justiça natural realiza-se com a própria *práxis* da razão em sociedade.

Para Aristóteles, a justiça é uma virtude por excelência, compreendendo todas as demais. “Uma só justiça contém todas as virtudes” (ARISTÓTELES, 1985, 1144 b. 35). Assim, o Estado decorre da natureza social do homem assim considerado um ser político, sendo imprescindível essa união orgânica para a perfeição da vida. E o faz através de leis positivas.

Quer dizer o filósofo que o ser humano é um animal político, que a cidade é a causa final do primeiro modelo da sociedade natural, que é a família, e que a finalidade da cidade é a de garantir a vida boa. Pela visão aristotélica, a vida social requer uma regulamentação por lei, objetivando a satisfação da justiça.

Aristóteles foi o primeiro filósofo a observar os vários poderes existentes no Estado (o Legislativo, o Executivo, e o Judiciário), bem como a forma de governo: a monarquia, a aristocracia e a democracia, e suas degenerações, respectivamente — a tirania, a oligarquia e a demagogia.

Segundo Bittar e Almeida (2011, p. 144), no pensamento aristotélico, não existe dicotomia entre a justiça natural e a justiça legal, pois a justiça legal representa a *polis* e esta é a representação social dos homens. O que existe para o mestre, segundo os autores, é a necessidade de se estabelecerem sistemas de leis compatíveis com a natureza humana.

Passemos a relacionar, de acordo com Pereira (1980, p. 96), itens que resumem e explicam a filosofia clássica do Direito Natural aristotélico:

- a) O Direito Natural aristotélico não era formal e vazio, pois tirava o seu conteúdo das relações sociais objetivas e da observação da natureza.
- b) Não estava descrito em leis formuladas ou em códigos. Deveria ser buscado como uma solução para um problema.
- c) Não era imóvel nem estático. Tinha a característica de adequar-se à mobilidade da natureza em geral e das sociedades em particular.
- d) Não derivava do Estado, sendo diferente, pois, do *positivismo*.
- e) Não resultava de uma ciência particular e positiva, derivava da prudência, uma disposição *sui generis*, entre a ciência e a arte, buscando a justiça, virtude moral própria do mundo jurídico.
- f) Não pretendeu situar-se acima e paralelamente ao Direito Positivo.
- g) Não era a fonte única de todo o universo jurídico, portanto, não dispensou a existência simultânea das leis escritas com o fim de permitir soluções concretas.
- h) Não era um direito ideal e utópico, como foi o de Platão. Caracterizou-se pelo seu realismo.

A seu turno, bem asseverou Bobbio (2006, p. 17) ao identificar dois critérios pelos quais Aristóteles distingue o Direito Natural e Positivo:

a) Direito Natural é aquele que tem em toda a parte (pantachouï) a mesma eficácia (o filósofo emprega o exemplo do fogo que queima em qualquer parte), enquanto o Direito Positivo tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto;

b) o Direito Natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tem o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros. Prescreve, pois, ações cuja bondade é objetiva (ações que são boas em si mesmas, diriam os escolásticos medievais). O Direito Positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro mas, uma vez reguladas pela lei, importa (isto é, correto e necessário) que sejam desempenhadas do modo prescrito pela lei.

Pode-se dizer que a filosofia grega pós Sócrates preocupa-se com o problema ético-moral estabelecendo um viés humanístico. As questões metafísicas foram superadas, estabelecendo o ser humano como o eixo em torno do qual giram todas as preocupações de organização social.

### 1.1.5 Epicurismo

A escola epicurista<sup>19</sup> de pensamento, que organiza determinado conjunto de ideias, e à qual se liga uma tendência doutrinal que elege no prazer a finalidade do agir, deve seu nome ao pensador grego Epicuro de Samos (341-270)<sup>20</sup>.

A doutrina epicurista resume-se, em suas linhas gerais, a discutir e a traçar contribuições em torno de temas como o da matéria, o do átomo e o das sensações. Fundamentalmente empírica, essa doutrina anuncia uma explicação do mundo a partir dos elementos que o integram (BITTAR; ALMEIDA, 2011, p. 162).

E prossegue Bittar e Almeida ministrando que reconhecendo a importância dos sentidos e o seu papel para o homem é que o epicurismo delineia seu princípio ético. Todo o

<sup>19</sup> Epicurismo é o sistema filosófico ensinado por Epicuro de Samos, filósofo ateniense do século IV a.C., e seguido depois por outros filósofos, chamados epicuristas. A ideia que Epicuro tinha era que, para ser feliz, o ser humano necessitava de três coisas: Liberdade, Amizade e Tempo para meditar. O estoicismo é uma doutrina filosófica que propõe viver de acordo com a lei racional da natureza e aconselha a indiferença (*apathea*) em relação a tudo que é externo ao ser. O ser humano sábio obedece à lei natural, reconhecendo-se como uma peça na grande ordem e propósito do universo.

<sup>20</sup> Epicuro de Samos foi um filósofo grego do período helenístico. Seu pensamento foi muito difundido e numerosos centros epicuristas se desenvolveram na Jônia, no Egito e, a partir do século I, em Roma, onde Lucrécio foi seu maior divulgador.

homem age, faz isso no sentido de evitar a dor e de procurar o prazer; a insatisfação dos sentidos é a dor, enquanto a satisfação dos sentidos é o prazer.

Em linhas gerais, o epicurismo consiste em um grande apelo ao homem para que se utilize da maior de suas faculdades, a saber: a prudência (*phrónesis*). É ela que permite a sabedoria do discernimento na escolha de comportamentos, na prática de atos e na realização de atitudes.

Assim, saber escolher e discernir é ser prudente; ser prudente é conquistar a *ataraxia*, ou seja, a estabilidade de ânimo diante das coisas, dos prazeres, das paixões e, inclusive, da própria dor. Para o epicurismo, isso é ser livre.

### 1.1.6 Direito Romano Clássico - Estoicismo

O estoicismo<sup>21</sup> como doutrina alcançou todo o período da Grécia Antiga até o Império Romano, tendo seu declínio em Justiniano, imperador de características pagãs e contrárias à fé cristã.

Importante é assinalar que, no Direito Romano clássico, os grandes jurisconsultos, em especial Cícero, retorna ao pensamento da relação íntima entre natureza e razão, porém identifica a razão com a lei natural (pensamento estoicista) em detrimento da fundamentação metafísica da antiga tradição pré-socrática.

Bem asseverou o Professor Reale (1994, p. 630) que:

[...] do ponto de vista da Filosofia do Direito, o pensamento pós-socrático acaba por fundamentar uma concepção mais cosmopolita do ser humano, adaptada à nova realidade do Estado-Império, cristalizando a ideia do Direito Natural que irá impregnar a Roma antiga. A jurisprudência romana se desenvolve, então, sob a égide da doutrina do Direito Natural, na esteira das concepções herdadas do pensamento clássico. Em Roma, as ideias mais ou menos difusas na moral estóica, de que os postulados da razão teriam força e alcance universais, encontraram ambiência favorável à sua aplicação prática. O Direito Natural passa a ser, então, concebido como a própria natureza baseada na razão, traduzida em princípios de valor universal.

Bobbio (2006, p. 19) identifica no Direito Romano dois critérios sobre os quais se baseia a distinção entre Direito Natural e Direito Civil:

---

<sup>21</sup>Em seu conjunto, o estoicismo pode-se dividir em três períodos: um período antigo ou ético, um período médio ou eclético, um período recente ou religioso. Os dois últimos, bastante divergentes do estoicismo clássico.

- a) o Direito Natural é universal e imutável (*semper*), enquanto o direito civil é particular (no tempo e no espaço);
- b) o Direito Natural estabelece aquilo que é bom (*bonum et aequum*), enquanto o direito civil estabelece aquilo que é útil: o juízo correspondente ao primeiro funda-se em um critério moral, ao passo que o relativo ao segundo baseia-se em um critério econômico e utilitário.

Marcus Tullius Cícero (106 a 43 a.C.) deixou um legado diversificado de obras sobre política, moral, teologia e direito. Sofreu grande influência das filosofias sofistas, socráticas, platônicas e aristotélicas, principalmente do estoicismo.

Para Cícero, a razão é o que há "de mais divino" no homem e em todo o universo, uma identidade entre o homem e a divindade, sendo comum em ambos. Essa razão é a lei natural imanente ao homem, que define o justo e dá um paradigma supremo da lei humana positiva. A essência de toda lei<sup>22</sup> que provém da razão é saber escolher entre o verdadeiro e o justo.

Cícero (p. 42) apud Bittar e Almeida (2011, p. 18) dirá que os homens e deuses formam um só universo, onde as leis naturais presidem à coordenação de todos:

Pois ele é o único, entre todas as espécies e variedades de seres animados, que tem acesso a uma razão e a um pensamento, de que carecem as outras. Com efeito, o que é mais divino, não direi apenas no homem, mas em todo o céu e a terra, do que a razão?  
 Mas os que possuem razão em comum, devem também possuir em comum a razão justa. Ora, esta não é outra coisa senão a lei, logo a lei é um vínculo que devemos reconhecer entre os homens e deuses.  
 Logo, devemos considerar que o nosso universo é uma só comunidade constituída pelos deuses e pelos homens.

Cícero desenvolveu uma concepção de Direito Natural que marcou profundamente essa idéia e até hoje seus pensamentos são citados para explicar o verdadeiro conteúdo do Direito e da Justiça. O que interessou Cícero foi o direito e não a lei.

A lei natural e eterna é a fonte do Direito estampada na razão inata do homem, incorruptível pelo pensamento humano, pois a razão e a inteligência do sábio são capazes de comandar e proibir comportamentos.

Esse filósofo romano ensina que a reta razão (*recta ratio*) é que ordena a conduta de todos os homens a partir de uma lei natural absoluta, preexistente, imutável, intocável, soberana e perfeita:

---

<sup>22</sup> Para Salgado (1986, p. 56): "Cícero distingue as leis em: a lei que procede da 'recta ratio' do supremo Júpiter e a lei que procede da 'recta ratio' do sábio. Trata-se de uma distinção em razão da fonte e não propriamente em razão da natureza, em ambos os casos a razão é a mesma, pois também no homem há um razão perfeita".

A razão reta, conforme a natureza, gravada em todos os corações, imutável, eterna, cuja voz ensina e prescreve o bem, afasta do mal que, proíbe e, ora com seus mandados, ora com suas proibições, jamais se dirige inutilmente aos bons, nem fica impotente ante os maus. Essa lei não pode ser contestada, nem derogada em parte, nem anulada; não podemos ser isentos de seu cumprimento pelo povo nem pelo Senado; não há que procurar para ela outro comentador nem intérprete (CÍCERO, p. 75 apud BITTAR ALMEIDA, 2011, p. 178).

O homem que conhece a si mesmo torna-se sábio<sup>23</sup> na medida em que descobre em si uma lei natural que o orienta e comanda seus atos e ações na virtude e o afasta dos vícios. Nesses termos, a razão deve sobrepor-se à paixão para implantar uma ordem natural entre os homens, sendo a lei um mandamento de ordem e retidão, constituída de acordo com a lei natural, necessária para os homens. E acrescenta que a República pressupõe o Direito, e o Direito pressupõe as leis, e as leis pressupõem leis naturais, e as leis naturais pressupõem Deus.

Del Vecchio (1979, p. 51) condensa bem a escola estoicista:

Os estoicos conceberam seguinte ideal do homem sábio: aquele que venceu todas as suas paixões e se livrou das influências externas. Só deste modo se obtém o acordo consigo mesmo, ou seja: a liberdade autêntica. Semelhante ideal - pelos estoicos personificados, sobretudo em Sócrates - deve ser cultivado pelo homem, pois a cada um é imposto pela reta razão. Existe uma lei natural que domina e se reflete também na consciência individual. O homem, por sua natureza, participa de uma lei universalmente válida. Eis porque, para os estoicos, o preceito supremo da ética é o que manda viver segundo a natureza.

No período medieval, a partir do século IV, o Direito Natural passa a ter sua nova visão fundamentada em uma dimensão divina, como será analisada na sequência.

## **1.2 Direito Natural Teológico**

O pensamento cristão, fundado na sagrada escritura (Bíblia), teve grande prestígio na construção da teoria do Direito Natural. Para estabelecer uma idéia de justiça na cultura ocidental, é imprescindível analisar a influência do pensamento cristão e sua evolução histórica.

---

<sup>23</sup> "O homem que for sábio está livre de afectos e paixões, basta a si mesmo e é temente a Deus, aspira ao Bem e ao justo e é capaz de actuar segundo a natureza" (PEREIRA, 1993, p. 531).

Na Idade Média, o pensamento de Plantão foi retomado com Santo Agostinho (patrística dos séculos V e VI). Mais tarde São Tomás de Aquino (escolástica do século XIII), sofreu grande influência de Aristóteles.

O Cristianismo foi um passo largo da cultura antiga para medieval, pois permitiu uma decisiva e fundamental distinção a respeito do ser humano. Até Cristo, o ser humano era definido como um cidadão da *polis*, um animal político. Por influência cristã, o homem passou a ser visto por sua dignidade humana.

O escólio de Ferraz Júnior (1994, p. 62) bem assinalou esse marco diferencial:

[...] um ser criado à imagem e semelhança de Deus que inscreveu no coração do homem uma lei de consciência: o livre arbítrio. Por ser livre, o homem é destinado à salvação. E para salvar-se há de se conformar à Ordem divina, cuja expressão máxima é a lei.

Neste mesmo sentido, Bittar e Almeida (2011, p. 201) afirmam que:

[...] doutrina cristã e, citando Del Vecchio, ensinaram foi capaz de produzir suficiente abalo no espírito humano que, apesar da doutrina de Cristo não ter nenhuma conotação jurídica ou política e sim baseada nos princípios da caridade, do amor e da fraternidade, provocou profundas transformações nas concepções de direito e do Estado.

Com isso, Jesus Cristo esclareceu que existem diferentes ordens de leis, uma ordem superior, irrevogável e imperecível, ou seja, as leis de Deus, e uma ordem circunstancial, perecível, específica em função de cada povo e cultura, que são as leis humanas.

Estar diante de uma justiça divina, sujeito às ordens de Deus, explicam Bittar e Almeida (2011), é estar diante de uma justiça presidida e aplicada pelo próprio Deus, que julga cada um pelos seus atos, ou seja, estar diante de Deus no momento de seu julgamento é apresentar a Deus suas obras e não seus títulos, suas honrarias, suas riquezas materiais, é apresentar-se desnudo, revestido apenas de sua consciência, sua conduta e suas obras.

E essa é a responsabilidade do cristão. Segue a lição de Bittar e Almeida (2011, p. 206):

[...] o cristão não se ilude com as tentações do que é transitório, não age de modo a desgostar do outro, guia-se e pauta-se de acordo com o que pode fazer para melhorar sua condição pessoal e a de seu semelhante, vive na carne tendo em vista o que é do espírito [...]. Aí está a liberdade de agir do cristão; para além de considerar que o cristianismo constrange, sufoca, oprime, predetermina, deve-se dizer que liberta a alma para ser conforme a regra cristã.

Assim, o Direito Natural teológico teve forte apego ao conceito religioso de justiça. Para essa doutrina, a verdadeira justiça está nas leis de Deus, único ser Onipotente, Onisciente e Onipresente.

Deus é eterno e imutável<sup>24</sup>, sendo desenvolvida na Idade Média, essa crença marcada pelo conteúdo teocentrista<sup>25</sup>, apresentando Jesus como único caminho, única verdade e única via para a salvação da humanidade.

A principal inovação trazida nos ensinamentos de Jesus é o desprendimento de si mesmo, pois amar somente os que nos amam, dizia Jesus, é muito fácil. “Tendes ouvido o que foi dito: “Amarás o teu próximo e poderás odiar o teu inimigo. Eu, porém vos digo: amai vossos inimigos, fazei bem aos que vos odeiam, orai pelos que vos maltratam e perseguem”<sup>26</sup>. A Justiça de Deus é um contraste aos esforços humanos de ganhar a justificação pelas obras da lei. O apóstolo Paulo<sup>27</sup> passa a descrever a justiça de Deus como aquela em que o Senhor está pronto a outorgar a quem manifesta fé em Jesus Cristo.

Em Romanos 3:19-26, Paulo ensina que todos são pecadores e que todos pecaram, sendo que ninguém poderá ser justificado perante Deus pelas obras da lei.

Porquanto pelas obras da lei nenhum homem será justificado diante dele; pois o que vem pela lei é o pleno conhecimento do pecado justificado pela fé. Mas agora, sem lei, tem-se manifestado a justiça de Deus, que é atestada pela lei e pelos profetas; isto é, a justiça de Deus pela fé em Jesus Cristo para todos os que creem; pois não há distinção. Porque todos pecaram e destituídos estão da glória de Deus; sendo justificados gratuitamente pela sua graça, mediante a redenção que há em Cristo Jesus, ao qual Deus propôs como propiciação, pela fé, no seu sangue, para demonstração da sua justiça por ter ele na sua paciência, deixado de lado os delitos outrora cometidos; para demonstração da sua justiça neste tempo presente, para que ele seja justo e também justificador daquele que tem fé em Jesus (BÍBLIA SAGRADA, 2002, p. 1023).

Os mestres Bittar e Almeida (2011, p. 207), nesse sentido, escrevem:

A doutrina cristã, em sua pureza originária, está a indicar a tolerância como sendo a *ratio essendi* do operar cristão. Isso quer dizer que se

<sup>24</sup> Hebreus 13:8 “Jesus Cristo é o mesmo ontem, hoje e será para sempre” (BÍBLIA SAGRADA, 2002).

<sup>25</sup> É a visão de que Deus está no centro do universo. Está fundamentado no texto bíblico de João 14:6: "Eu sou o caminho, e a verdade, e a vida".

<sup>26</sup> Mateus 4:43-44 (BÍBLIA SAGRADA, 2002).

<sup>27</sup> Paulo de Tarso, também chamado de Apóstolo Paulo, Saulo de Tarso e São Paulo, foi um dos mais influentes escritores do cristianismo primitivo, cujas obras compõem parte significativa do Novo Testamento. A influência que exerceu no pensamento cristão foi fundamental notadamente pela propagação inicial do Evangelho pelo Império Romano.

mede o homem por suas obras, as quais deverão assinalar benevolência, paciência, tolerância, caridade, compreensão, amor [...].

A doutrina cristã introduziu, como vimos, novas dimensões para a questão da justiça, considerando a justiça humana como transitória, muitas vezes utilizada para os fins da cobiça e do poder. A busca por Deus passa necessariamente por um desprendimento de si em relação ao próximo (altero) no sentido de render amor incondicional, a exemplo da entrega de Jesus Cristo à Igreja<sup>28</sup>. Dentro dessa filosofia, dois grandes movimentos se criaram: a patrística e a escolástica.

### 1.2.1 Patrística

A patrística, nome que representa o movimento desenvolvido pelos Padres da Igreja Católica ou Santos Padres entre os séculos II e VI, teve em Santo Agostinho seu maior defensor. Esse movimento procurou aproximar a Teologia da Filosofia. Para Santo Agostinho, o ser humano deve respeito, no convívio social das cidades, às leis terrenas (*civitas terrana*) e leis celestiais (*civitas caelestis*). A primeira corresponde às leis do ser humano que vive em um mundo de pecados, sem deixar de se submeter às leis celestiais, vindas do próprio Deus, representadas na terra pelo Santo Padre.

Para esse filósofo patrístico, essas leis devem ser observadas em uma estrutura escalonada desta forma: a lei de Deus, a lei natural e, depois, a humana. O "dar a Deus o que é de Deus e a César o que é de Cesar" fundamenta-se no princípio da igualdade em dois níveis: um referente à igualdade na "Cidade de Deus", portanto eterna e perene, e outra na "Cidade dos homens", temporária e instável.

A perfeita igualdade somente se opera na "Cidade de Deus", no mundo inteligível. Todavia, na "Cidade dos homens" deve-se ordenar segundo a "Cidade de Deus", devendo ter como fonte de referência a lei natural. Esse pensamento se aproxima da filosofia platônica do mundo das ideias e do mundo dos sentidos. A "Cidade de Deus" representa aquele mundo, enquanto a "Cidade dos homens", este.

---

<sup>28</sup> Ouvistes que foi dito: Amarás ao teu próximo, e odiarás ao teu inimigo. Eu, porém, vos digo: Amai aos vossos inimigos, e orai pelos que vos perseguem; para que vos torneis filhos do vosso Pai que está nos céus; porque ele faz nascer o seu sol sobre maus e bons, e faz chover sobre justos e injustos. Pois, se amardes aos que vos amam, que recompensa tereis? Não fazem os publicanos também o mesmo? E, se saudardes somente os vossos irmãos, que fazeis demais? Não fazem os gentios também o mesmo? Sede vós, pois, perfeitos, como é perfeito o vosso Pai celestial. Mateus 5:43-48 (BÍBLIA SAGRADA, 2002).

Assim, na ordem humana, a lei eterna se mostra como um conjunto de essências, o que se chama lei natural, que está inserta no coração de todo ser racional, cristão ou não, como já havia escrito o Apóstolo Paulo.

Deus é o autor da lei eterna, sendo a lei natural uma manifestação da lei eterna no coração dos seres humanos, sendo a lei natural é a lei eterna na alma do ser humano. A lei de Deus para o homem tem sido proclamada pela consciência e pela Sagrada Escritura, sendo lei eterna e inalterável.

Porque, quando os gentios, que não têm lei, fazem naturalmente as coisas que são da lei, não tendo eles lei, para si mesmos são lei; os quais mostram a obra da lei escrita em seus corações, testificando juntamente a sua consciência, e os seus pensamentos, quer acusando-os, quer defendendo-os (BÍBLIA SAGRADA, 2002, p. 1022)<sup>29</sup>.

Ora, quanto mais a lei humana se aproximar das leis inscritas no coração do homem (lei divina que governa o todo universo), mais caminhará ao encontro da justiça na sua plenitude. Nesse sentido, a lei humana deve regular o comportamento entre os seres humanos, porém deve obediência à lei natural que corresponde à moralidade registrada na alma humana.

Essa moralidade é a perfeição de justiça, no sentido de dar a cada um o que é seu. A perfeita justiça está em “amar o teu próximo como a ti mesmo”<sup>30</sup>. Assim, viver a justiça de Deus é agir segundo a lei registrada nos corações dos homens que encontra sua perfeição na máxima do amor ao próximo.

## 1.2.2 Escolástica

De outro lado o movimento escolástico é representado por Santo Tomás de Aquino, influenciado pelo pensamento aristotélico<sup>31</sup>, doutrinando que a fé e a razão são diferentes caminhos para se chegar ao conhecimento. A justiça é concebida como uma virtude, cujo objeto é o direito.

O Direito, objetivo da justiça, não se confunde com a lei, pois esta é uma certa razão do direito. Todavia, a lei humana (escrita) somente determina o justo se estiver em

<sup>29</sup> Romanos 2:14-16 (BÍBLIA SAGRADA, 2002).

<sup>30</sup> Nesse sentido: Lucas 10:27-28 “Respondeu-lhe ele: Amarás ao Senhor teu Deus de todo o teu coração, de toda a tua alma, de todas as tuas forças e de todo o teu entendimento, e ao teu próximo como a ti mesmo” (BÍBLIA SAGRADA, 2002).

<sup>31</sup> A fonte da teoria tomista da justiça como virtude específica é a *Ética a Nicômaco* de Aristóteles, no seu livro V, onde a justiça se define como "o hábito com o qual se fazem coisas justas".

conformidade com a lei natural (ou não contrária) que, por sua vez, é a lei própria do ser racional dirigida ao bem comum e que participa da lei eterna, que se dá como vontade do criador nas criaturas (SALGADO, 1986, p. 66).

O que se quer dizer é que estudar a teoria tomista é refletir sobre três concepções de leis: uma no sentido humano, outra no sentido natural e, outra ainda no sentido divino. A lei divina é a razão de que deriva todo o universo, inclusive o ser humano.

A lei natural é o reflexo da lei divina no ser humano, uma participação racional da lei eterna. E, por último, a lei humana concretiza a lei natural, fruto de uma convenção e de uma necessidade, para manter a ordem e a paz social.

Assim, para São Tomás de Aquino, o Direito Positivo é necessário para, ao Direito Natural, primeiro, dar a forma do direito no sentido restrito e próprio da palavra, para conferir a ele a *vis coativa*, que a ele, como falta, falta.

As leis positivas são fundamentais para o convívio social harmônico. Para os tomistas são dois os elementos essenciais que compõem o conceito de lei humana: razão e bem comum. Nesse particular, os tomistas deixam evidente uma concepção de vontade que se assemelha à desenvolvida por Kant que será objeto de análise adiante.

Em resumo, a lei positiva, sendo contrária à lei natural, produzirá um direito injusto, ilegítimo e iníquo, produto da irracionalidade do homem. A desobediência da lei humana se justifica quando houve afronte à lei divina, ou seja, o Direito Positivo é derivado do justo natural, paradigma necessário do legislador. Na visão teológica, o Direito Natural tem uma abordagem teocêntrica, isto é, Deus como última justificativa das leis humanas.

Enfim, esta concepção de Direito Natural prevaleceu até a chegada dos racionalistas, especialmente a partir do século XV, cuja compreensão mais abrangente será o próximo objeto de estudo.

### **1.3 Direito Natural racionalista - Escola Jusnaturalista**

Conforme observado, a escola teológica do Direito Natural prezava pela existência de uma lei divina (eterna) como paradigma da lei humana. Tal pensamento é marcante nas concepções de Santo Agostinho (patrística) e Santo Tomás de Aquino (escolástica).

O século XVI inaugura um movimento de "laicização" da cultura moderna fundado no conceito de que a verdade das ciências residia na razão matemática e geométrica, afastando o teocentrismo predominante no pensamento anterior, dando lugar a uma concepção

iluminista da reta razão como orientadora das ações humanas. O homem passa a formular questionamentos sobre a origem do conhecimento e se inserindo no centro do universo.

Nesse cenário, começa a ser desenhado o Estado moderno, liberal e democrático através de movimentos contrários ao Estado absoluto medieval. O problema fundamental era impedir o abuso do poder pelo soberano, buscando soluções para, senão impedir, limitar o poder.

Bobbio (1992, p. 15) identifica três grandes grupos desse movimento contra o abuso do poder:

1) *Teoria dos direitos naturais ou jusnaturalismo*. Para esse movimento, o poder do Estado tem um limite externo que decorre do fato de que, além do direito proposto pela vontade do príncipe (Direito Positivo), existe um direito que não é proposto por vontade alguma, mas pertencente ao indivíduo, a todos os indivíduos, pela sua própria natureza de homens, independentemente da participação desta ou daquela comunidade política. Esses direitos são os direitos naturais que, preexistindo ao Estado, dele não dependem, e, não dependendo do Estado, o Estado tem o dever de reconhecê-los e garanti-los integralmente. Os direitos naturais constituem assim um limite ao poder do Estado, pelo fato de que o Estado deve reconhecê-los, não pode violá-los, pelo contrário, deve assegurar aos cidadãos o seu livre exercício. O Estado que se modela segundo o reconhecimento dos direitos naturais individuais é o *Estado liberal*, no sentido originário da palavra.

2) *Teorias da separação dos poderes*, no sentido de que a massa do poder não pode ser concentrada numa só pessoa, mas dividida em diferentes pessoas com funções estatais específicas de legislar, executar e julgar (Poder Legislativo, Executivo e Judiciário), independentes e harmônicos entre si.

3) *Teorias da soberania popular ou democracia*, opondo-se ao Estado absoluto do príncipe pela participação de todos os cidadãos na distribuição do Poder. Fundamenta-se no consenso popular para evitar os abusos.

Dentro destas três concepções se desenvolve o pensamento político dos séculos XVII e XVIII até Kant. Assim se estabelece o Direito Natural racional, livre das concepções mítico-religiosas, buscando seu fundamento último na razão humana. Podemos então dividir o Direito Natural em duas fases bem distintas.

A primeira fase, também chamada clássica, com início na Grécia (Cidade-Estado), usando a natureza com fonte da lei que erradia a mesma força em todas as partes, indistintamente.

A segunda fase, inaugurada por Hugo Grócio<sup>32</sup>, defendia que o princípio último de todas as coisas seria a reta razão, afastando-se Deus e a natureza dessa concepção centralizadora, contudo sem alterar as convicções sobre a própria existência de Deus.

### 1.3.1 Hugo Grócio

O pensamento acerca do Direito Natural de Hugo Grócio está estampado na obra *Do direito da Guerra e da Paz*, de 1625, considerada por muitos como obra mestre do Direito Natural por atribuir ao termo "Direito" três sentidos: Direito como justo; Direito como faculdade ou aptidão; e Direito como sinônimo de *lex*. Para Grócio, um sistema de Direito Natural poderia ser racionalmente construído gozando de validade universal tal como as leis da Matemática.

Tanto assim que justifica ser o Direito Natural tão imutável como também o são as equações matemáticas e própria vontade de Deus. Grócio assim define o Direito Natural: “O mandamento da reta razão que indica a lealdade moral ou necessidade moral inerente a uma ação qualquer, mediante o acordo ou o desacordo desta com a natureza racional” (BITTAR; ALMEIDA, 2011, p. 279).

Muito embora tenha uma imagem de defensor do Direito Natural escolástico, Hugo Grócio representa uma passagem para o período seguinte, ou seja, o Direito Natural racionalista, sem rejeição à existência do mandamento divino fora da esfera do Direito. Macedo (2006, p. 33), comentando o assunto, afirmou:

Ambiguidade permeia toda a leitura de Grócio. A sua teoria de Direito Natural afasta-se dos preceitos escolásticos e oferece uma alternativa ao ceticismo de Montaigne e Pierre Charron. Vontade e razão, universalismo e individualismo, teísmo e laicismo conjugam-se sem exageros nos escritos de Grócio; o que se poderia especular sobre a fidelidade deste ao meio-termo aristotélico como método para conciliar tradições tão antagônicas. À época de Grócio, entretanto, a revolução moderna ainda estava por nascer ou nascendo, e essa contraposição só seria patente mais tarde.

Inaugura-se a escola clássica do Direito Natural sendo imperioso admitir que o Jusnaturalismo<sup>33</sup> abriga diversos autores e ideias, inúmeros representantes que irradiaram seus

---

<sup>32</sup> Hugo Grócio ou Hugo Grotius foi um jurista a serviço da República dos Países Baixos. É considerado o precursor do Direito internacional, baseando-se no Direito Natural. Foi também filósofo, dramaturgo, poeta e um grande nome da apologética cristã. Suas ideias exerceram notável influência sobre o pensamento racionalista e iluminista do século XVII (MACEDO, 2006).

<sup>33</sup> Jusnaturalismo: escola que estuda o Direito Natural. O Direito Natural é objeto de estudo do Jusnaturalismo.

conhecimentos por séculos, filósofos como Pufendorf, Hobbes, Leibniz, Locke, Kant e Rousseau.

Na lição de Bittar e Almeida (2011, p. 09), se o iluminismo introduziu alguma contribuição definitivamente importante para a história contemporânea, esta contribuição foi a ideia de que não há indivíduos autônomos se não houver espaço para o desenvolvimento da razão emancipatória, se não houver espaço para a razão e para a crítica. Razão e crítica significam liberdade. Ora, se essas ideias encontram sua consagração em Kant, não é de menos importância ressaltar que fora da razão, ou se está à pura mercê do determinismo natural, ou se está à pura mercê da promessa teológica.

Roberto Bobbio (Bobbio, 1992, p. 38) ensina que as doutrinas do jusnaturalismos podem ser divididas em duas grandes categorias:

- 1) as que, na passagem do estado de natureza para o estado civil, consideram extintos os direitos naturais, ou pelo menos transformados, e segundo as quais então o estado civil se sobrepõe completamente ao estado natural, até suprimi-lo (Hobbes e Rosseau);
- 2) as que, na mesma passagem, consideram conservado o que existe de melhor no estado de natureza, e apresentam o estado civil não como uma substituição do estado de natureza, mas como a sua mais plena e eficaz conservação. Tanto Locke quanto Kant pertencem a este segundo grupo.

Assim, o jusnaturalismo racionalista adotava a razão humana como um código de ética universal, presente no ser humano em todo momento e em todo lugar. A razão é inata ao ser humano. Tem base antropocêntrica, vale dizer, com fundamento em uma razão humana universal. Nesse passo, apartou-se o discurso metafísico, adotando-se a razão humana como ordenadora da vida social.

### 1.3.2 Thomas Hobbes

O modelo jusnaturalista racionalista tem em Thomas Hobbes (1588-1679)<sup>34</sup> a teoria política que pensa os fundamentos da vida social a partir do estado de natureza, fulcrado na dicotomia “estado de natureza” e “estado civil”. No “estado de natureza”, os seres humanos

---

<sup>34</sup> Thomas Hobbes é considerado ao lado de Jean-Jacques Rousseau um expoente do pensamento jusnaturalista. Nasceu em 1588, na Inglaterra, em Malmesburg, onde viveu o conturbado período da guerra civil inglesa. Assim, é fortemente influenciado pelos acontecimentos políticos ingleses do século XVII, conflitos políticos e religiosos e pelas recentes descobertas de novos continentes.

são isolados e são iguais e livres entre si. Há a transição entre o “estado de natureza” para o “estado civil” através do contrato consensual entre seres humanos livres.

Este filósofo inglês procurou fundamentar a autoridade do governante fora da natureza, como, aliás, fez Aristóteles, afastando o direito divino dos reis para fundamentar o seu pensamento.

Assim, o Estado não é resultado da natureza humana e a autoridade do rei não é obra de Deus, pensamento daqueles que acreditavam que todo poder emana de Deus e é exercido pelos reis. Pelo contrário, para Hobbes o Estado é artificial e a autoridade do governante é proveniente de um pacto entre os seres humanos. Percebe-se que seu pensamento tem suporte na tese aristotélica de ser humano como ser apto para a vida social.<sup>35</sup>

Sua tese parte de que todo o ser humano busca a companhia dos outros por dois motivos: por glória ou por lucro. Extrai-se que o ser humano não tem amor natural pelo outro ser humano<sup>36</sup>, antes pelo contrário, os seres humanos são levados a agir motivados por paixões que determinam suas ações.

Para este filósofo, os seres humanos no estado de natureza<sup>37</sup> gozam de igualdade na parte corporal e intelectual (corpo e inteligência). Por haver igualdade natural, há uma predisposição humana pelo desejo das mesmas coisas.

Assim quando dois seres humanos desejam a mesma coisa eles se tornam inimigos e dessa inimizade nasce a desconfiança. O resultado final é a guerra de todos contra todos. O Direito Natural hobbesiano é o direito que cada ser humano tem de usar dos meios que achar convenientes para proteger a própria vida, garantindo a sua existência.

O medo da morte e a esperança de uma vida confortável fazem com que o ser humano racionalmente procure a paz. O ser humano se associa por algum interesse e não pelo amor, sendo o Estado um meio de atingir, de satisfazer esse interesse.

Na primeira parte do *Leviatã*<sup>38</sup>, Hobbes compara o corpo social à estrutura do corpo humano. Resulta dessa comparação de que o Estado seria o ser artificial e o principal objetivo deve ser o de garantir “proteção” e “defesa” ao corpo natural daqueles que juntos formam esse

---

<sup>35</sup> Esses pensamentos estão estampados em duas obras de Hobbes: *De cive* (Do cidadão) de 1642 e *Leviatã* de 1652.

<sup>36</sup> Nesse particular, contrapõe a tese de Cícero de que os seres humanos naturalmente amam os outros da mesma espécie.

<sup>37</sup> Para Hobbes, o estado de natureza é o estado pré-social dos seres humanos, ou seja, é a situação do ser humano fora do estado civil, fora da sociedade.

<sup>38</sup> O *Leviatã* é uma criatura mitológica, geralmente de grandes proporções, bastante comum no imaginário dos navegantes europeus da Idade Moderna. Hobbes fez uma comparação ao governo central que seria uma espécie de monstro - o *Leviatã* - que concentraria todo o poder em torno de si, e ordenando todas as decisões da sociedade.

corpo artificial, ou seja, os súditos. Prossegue o autor na analogia de que a alma artificial é a soberania do Estado.

Isso somente é possível através de um pacto social entre os seres humanos, chamado de *contrato*, pois o direito a todas as coisas é contrário ao direito da paz, tornando-se imprescindível o cumprimento do contrato social para garantir a transferência do Direito Natural e, por consequente, do direito a todas as coisas, para um ser central (Estado). Essa transferência mútua de direito dará origem ao Estado.

### 1.3.3 Samuel Pufendorf

Para Samuel Pufendorf<sup>39</sup>, a regra fundamental do Direito Natural é que todos têm o dever de preservar a comunidade e de servir ao todo social. Usando da reta razão, o homem deve se conduzir perante Deus, perante si mesmo e perante os outros. Assim três são esses deveres: 1. não prejudicar o outro; 2. considerar o outro como igual em direito; 3. ser útil aos outros, tanto quanto possível (SALGADO, 1986, p. 73).

Sobre as diversas leis que regem o homem, Pufendorf (2007, p. 47) apud Bittar e Almeida (2011, p. 283), assim, ministrou:

As leis da natureza fazem do homem um animal social, as de cada cidade fazem do homem um cidadão, e, as divinas, determinam a condição do cristão perante Deus. As diversas leis são concomitantes e agem em níveis diversos na determinação da vida. A diversidade dessas leis dá consistência às ciências que a estudam, a ciência do Direito Natural, a ciência do Direito Civil e a *Theologia moralis*.

Samuel Pufendorf é considerado um nome importante na formação da concepção de Justiça e do direito de Kant, colocando-se como precursor deste filósofo.

### 1.3.4 John Locke

Ao encontro do pensamento de Hobbes, vem John Locke<sup>40</sup>, não obstante ter uma visão diferente do estado de natureza do homem. Não há, nesse estado, uma guerra de todos

---

<sup>39</sup> Samuel von Pufendorf foi um dos defensores da corrente jusnaturalista, tendo os seus escritos influenciado de forma duradoura o ensino do Direito na maioria da Europa.

<sup>40</sup> John Locke está entre os filósofos empiristas, assim chamados devido a abrirem espaço para a ciência junto à filosofia, valorizando a experiência como fonte de conhecimento. John Locke destaca-se pela sua teoria das ideias e pelo seu postulado da legitimidade da propriedade inserido na sua teoria social e política. Para ele, o

contra todos, mas um estado de paz perpétua. Essa paz seria aniquilada pelos constantes conflitos sem a presença de um juiz imparcial.

No pensamento lockeano, há espaço simultâneo no Estado Civil com o Estado de Natureza. Bittar e Almeida (2011, p. 96) bem observaram que:

O Estado Civil é erigido para garantir a vigência e proteção dos direitos naturais que correriam grande perigo, no estado de natureza, por encontrarem-se totalmente desprotegidos. Assim, é a guerra e a desordem que ameaçam os homens e os motivam a formar as regras que constituem o modo de vida regido pelo Estado e pelas leis.

Para Locke, o Estado Civil tem por finalidade garantir a proteção dos direitos naturais que corriam perigo no estado de natureza. Crítico severo do inatismo<sup>41</sup>, John Locke entende que as leis naturais não são inatas e impressas na mente humana, antes estão na natureza e podem ser facilmente conhecidas pelo uso da razão. A razão natural do homem é a sua própria preservação.

Assim, afirma esse filósofo que o primeiro e inalienável Direito Natural é a propriedade, algo que o homem possui desde o estado de natureza. O segundo é a liberdade, a qual define em dois aspectos: a liberdade natural, no sentido de submeter somente à lei da natureza como regra, e a liberdade na sociedade, submetendo apenas ao que se estabelecer por consentimento da comunidade.

Para Bobbio, este é o ponto característico da doutrina de Locke, que o coloca como um representante típico do estado burguês, baseado no reconhecimento da propriedade como um Direito Natural.

Assim, ministra Bobbio (1992, p. 38):

Dizer que a propriedade é um Direito Natural significa que o direito de propriedade não deriva do estado, precede qualquer constituição civil, é um direito que caba ao indivíduo independentemente do Estado. Para Locke, o direito de propriedade é um Direito Natural porque não segue, como para Hobbes, da lei do estado, e, portanto, deriva da constituição civil, e nem de um livre acordo ente indivíduo no estado de natural, como para Puffendorf, mas surge de uma atividade pessoal do indivíduo, e esta atividade pessoal do indivíduo é o trabalho.

---

direito de propriedade é a base da liberdade humana "porque todo homem tem uma propriedade que é sua própria pessoa". O governo existe para proteger esse direito.

<sup>41</sup> Ideia segundo a qual o ser humano tem estampado em si todo o conhecimento, sendo que o escopo da Filosofia é tão somente despertá-lo.

Para Locke, o estado civil nasce do desejo do homem em dar guarida aos direitos naturais fundamentais da vida e propriedade. Em outras palavras, para Locke os direitos naturais são ditados pela razão, não podendo ser contrapostos pelo "estado civil", criado justamente para conservar esses mesmos direitos sem, contudo, renunciá-los, como pensava Hobbes.

A criação do estado civil deve-se dar pelo consenso, acordo com outros homens. O estado civil é essencialmente limitado, pois pressupõe os direitos naturais e não pode violá-los, exercendo o poder dentro dos limites estabelecidos.

Para Locke, em última análise, no estado de natureza o homem tem direitos naturais, mas eles não estão garantidos. No estado civil, o homem não perde os seus direitos naturais, mas os conserva garantidos pelo poder supremo, uma vez que o fim fundamental do Estado é conservar os próprios direitos naturais.

### 1.3.5 Jean-Jacques Rousseau

Depois veio Rousseau<sup>42</sup>, considerado um dos últimos jusnaturalistas. Partindo de conceitos formulados anteriormente acerca do estado de natureza, estado civil, contato social, liberdade e propriedade, Rousseau trouxe um estudo sobre a origem da autoridade. Contemplou a vontade geral como fundamento da liberdade.

A alternativa que estava colocada na mente dos jusnaturalistas era a seguinte: ou a anarquia no estado natural ou a servidão no estado civil. O estado natural era um estado de liberdade, mas levava à guerra de todos contra todos; o estado civil era um estado de paz e de segurança, mas admitia a obediência dos súditos até a opressão (BOBBIO, 1992, p. 44).

A solução do problema é buscada por Rousseau na fórmula do contrato social, para quem a origem e evolução do ser humano explicam seu atual estágio, já que na origem os seres humanos viviam isolados, livres e felizes.

Não vivendo em sociedade, os problemas dos seres humanos limitavam-se quanto à alimentação e reprodução. Havia, neste momento, um *amor-de-si*, ou seja, um amor na própria espécie. Sendo perfectível, o ser humano evoluiu com o passar dos tempos, necessitando da ajuda de outros seres da mesma espécie para fazer coisas mais complexas, notadamente pela união do casamento. Nesse momento forma-se a sociedade.

---

<sup>42</sup> Jean-Jacques Rousseau (nasce em Genebra, 28 de Junho de 1712 — morre em Ermenonville, 2 de Julho de 1778) foi um importante filósofo, teórico político, escritor e compositor autodidata suíço. É considerado um dos principais filósofos do Iluminismo e um precursor do Romantismo.

Segundo o autor, na medida em que o gênero humano se expandiu, as dificuldades se multiplicaram com os seres humanos. Junto com a evolução e suas dificuldades, o ser humano experimenta um processo lento e progressivo de degradação do Ser.

A vaidade é estabelecida no coração do ser humano pelo sentimento de comparação com os outros. Percebe-se que somente há vaidade pela convivência em sociedade, não existindo quando os seres humanos viviam isolados. A reciprocidade da vaidade gerou o desprezo. Vaidade e desprezo recíprocos culminaram na vingança, tornando o ser humano um ser cruel.

O contrato social nasce, então, de uma necessidade imperiosa de proteção e de garantia da liberdade existente no estado de natureza. Em outras palavras, proteção esta na plena realização daquilo que o homem teria no estado de natureza. Esse contrato social origina-se na vontade geral no desiderato de realizar o bem comum. Portanto, os direitos civis originam-se após o advento do contrato social.

Todavia parece haver no pensamento rousseauiano uma contradição aparente. A convenção social não é o fim dos males, antes persiste a tormenta humana. É que a passagem do estado de natureza para o estado civil se dá com a cessão das liberdades individuais ao Estado, derivado do contrato social.

Todavia, os direitos civis (decorrentes do estado civil), por representarem uma ordem jurídica justa, legítima própria do estado de natureza, devem alcançar os chamados direitos naturais. Direitos civis são, portanto, os direitos naturais declarados pelo Estado, ou seja, o contrato social tem seu limite nos direitos naturais. Nisso reside a tormenta, quando os direitos civis tornam-se ilegítimos e arbitrários na medida em que distancia do Direito Natural.

Em um jusnaturalista como Locke, o contrato que dá origem ao Estado não é ato de renúncia total aos direitos naturais<sup>43</sup>; para Hobbes, o contrato é uma renúncia e de transferência dos próprios direitos naturais em favor de um terceiro (o soberano). Rousseau se filia ao pensamento de Hobbes, todavia enquanto para este a alienação acontece em favor do

---

<sup>43</sup> Locke parte da definição do Direito Natural como direito à vida, à liberdade e aos bens (propriedade privada) necessários para a conservação de ambas. No pensamento político de Hobbes e de Rousseau, a propriedade privada não é um Direito Natural, mas civil. Em outras palavras, mesmo que no estado de natureza (em Hobbes) e no estado de sociedade (em Rousseau) os indivíduos se apodemem de terras e bens, essa posse é o mesmo que nada, pois não existem leis para garanti-la. A propriedade privada é, portanto, um efeito do contrato social e um decreto do soberano.

soberano<sup>44</sup>, para Rousseau a alienação acontece em favor da comunidade inteira, ou do corpo político, o qual é a manifestação suprema da vontade geral.

Renuncia-se à liberdade no Estado de natureza para reencontrá-la no estado civil, que é a liberdade civil (BOBBIO, 1992, p. 47).

Segundo Bobbio (1992, p. 48):

[...] a *liberdade natural* é liberdade no sentido de ausência de leis; a *liberdade civil* é liberdade no sentido de submissão somente àquelas leis que cada um dá a si mesmo. O homem natural é livre porque não tem leis; o homem civil é livre porque somente obedece às leis que dá a si mesmo. Se identificarmos a faculdade de fazer leis para si mesmo como um conceito de "autonomia", podemos dizer que o homem no estado civil é livre porque é *autônomo*.

Pode-se dizer que Rousseau é o último grande jusnaturalista de sua época, inspirando seu pensamento nos ideais da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Nesse diapasão, afirma Bobbio (1997, p. 72):

Quando, no início do Contrato social, Rousseau escreveu as fatídicas palavras *o homem nasceu livre, e por toda parte encontra-se em cadeias*, indicou na liberdade das cadeias, no ideal da liberdade, o sentido da história. A Revolução Francesa apareceria a seus grandes contemporâneos como a primeira e entusiasmante realização desse ideal (ainda que nem sempre plena e justa, como todos os seus execráveis horrores).

Em última análise, a teoria de justiça de Rousseau deve ser lida com olhar crítico no respeito à natureza humana, produto da vontade racional de todos para todos, "a fim de se conservarem socialmente íntegros os direitos que o homem por natureza possui" (DEL VECCHIO, 1979, p. 121).

Assim, para Rousseau a sociedade evoluiu para um estado de guerra; para defender-se das opressões vindouras e proteger os que eram seus, os seres humanos firmaram um contrato social, segundo o qual cada um, ao se dar a todos, não se dá a ninguém e, não existindo um

---

<sup>44</sup> Para Hobbes, o soberano pode ser um rei, um grupo de aristocratas ou uma assembléia democrática. O fundamental é a determinação de quem possui o poder ou a soberania, desde que se respeite dois direitos naturais intransferíveis: o direito à vida e à paz, pois foi por eles que o soberano foi criado. O soberano detém a espada e a lei; os governados, a vida e a propriedade dos bens. Para Rousseau, o soberano é o povo, entendido como vontade geral, pessoa moral, coletiva, livre e corpo político de cidadãos. Assim sendo, o governante não é o soberano, mas o representante da soberania popular. Os indivíduos aceitam perder a liberdade civil: aceitam perder a posse natural para ganhar a individualidade civil, isto é, a cidadania. Enquanto criam a soberania e nela se fazem representar, são cidadãos. Enquanto se submetem às leis e à autoridade do governante que os representa chamam-se súditos. São, pois, cidadãos do Estado e súditos das leis.

associado sobre o qual não se adquira o mesmo direito que se lhe cede sobre si, ganha-se o equivalente de tudo que se perde e mais força para conservar o que se tem.

## 1.4 Direito Natural em Immanuel Kant

Outro brilhante pensador racionalista foi Immanuel Kant<sup>45</sup>, filósofo iluminista que, ao discutir sobre a moral humana, trouxe novos rumos para as teorias da moralidade até então elaboradas.

Significativas mudanças ocorreram no século XVII, notadamente pela Revolução Científica que impuseram significativas transformações estruturais no pensamento filosófico, ante a prevalência do Racionalismo.

Doravante, as explicações teológicas e metafísicas deram lugar às ideias iluministas<sup>46</sup>, servindo de fundamento a diversas revoluções liberais, dentre elas à Revolução Francesa. Esse movimento trouxe novos contornos à teoria da moralidade, tendo como um de seus principais pensadores o filósofo alemão Immanuel Kant (1724-1804).

Por sua vez, a teoria da moralidade de Kant trouxe uma concepção inovadora, a da autonomia da vontade<sup>47</sup>. Referida formação teórica, fundamentada na lei moral, explicou a moralidade como um elemento interno do homem que o direciona necessariamente a uma conduta moral, salvo se estiver sujeito a uma vontade viciada, independentemente da imposição de leis por um agente externo.

Ao comentar sobre Newton e Rousseau, Kant diz que Newton descobriu a lei oculta que organizava o mundo físico; ao passo que o último explicou a desordem no mundo moral, mostrando que a culpa não é de Deus e sim dos homens. Assim, se Newton mostrou a lei oculta revelando uma ordem divina no mundo natural, Rousseau fez algo semelhante para o mundo moral.

Entretanto, para Rousseau, a única forma de criar a ordem seria a formação de um contrato social, mas Kant não concorda com esse posicionamento, pois ele contradiz a sua

---

<sup>45</sup> Immanuel Kant (nasce e morre em Königsberg, 22 de abril de 1724 / 12 de fevereiro de 1804) foi um filósofo prussiano, geralmente considerado como o último grande filósofo dos princípios da era moderna, indiscutivelmente um dos pensadores mais influentes.

<sup>46</sup> Movimento intelectual da Europa dos séculos XVII e XVIII. Uma atitude geral de pensamento e de ação fundado no domínio da razão sobre a visão teocêntrica, a fim de combater a intolerância e os abusos da Igreja e do Estado.

<sup>47</sup> Para Kant, é impossível um discernimento empírico do aspecto da vontade que fundamenta a autonomia. Kant, assim como Locke, distingue prazer de desejo. O prazer é um sentimento agradável causado por elementos externos, o desejo é um impulso em direção a alguma coisa, mas que nada informa sobre o que nos move. Kant construiu a vontade como sendo a exigência racional de consistência na ação. A vontade serve para testar nossa moral frente a um desejo clamoroso, proporcionando um motivo para resistir a ele e satisfazer a moral.

ideia de que a moralidade pode ser conhecida por meio de um olhar interno, independentemente do que se aprenda nos livros. Não seria necessário um legislador que imponha leis aos homens como Deus o faria, necessidade que é defendida por Rousseau (SCHNEEWIND, 2005, p. 534-535).

Na verdade, esta é a principal diferença entre a moralidade de Kant e a de Rousseau: embora ambos acreditassem na capacidade moral de todas as pessoas, Rousseau somente entendia possível tal capacidade dentro de um contrato social, enquanto Kant percebia a moralidade em qualquer circunstância ou sociedade.

As concepções da moralidade como obediência tinham dois componentes essenciais: um referente à posição humana em relação a Deus, pelo qual os homens deveriam demonstrar reverência e gratidão antes de obedecerem às Suas ordens; outro quanto às habilidades morais humanas, segundo o qual a maioria das pessoas são incapazes de pensar, necessitando de uma orientação moral adequada, devendo se submeter a poucos excepcionais a quem Deus permitiu entender, seguir e ensinar Suas ordens morais. Os filósofos que defendiam a moralidade como autogoverno faziam repetidos esforços para quebrar essas duas ideias.

Kant foi criado na concepção filosófica da moralidade como autogoverno, que fazia esforço para superar as concepções da moralidade como obediência.

Destaca Schneewind (2005, p. 560):

A autonomia kantiana pressupõe que somos agentes racionais cuja liberdade transcendental nos tira do domínio da causação natural. Ela pertence a todo indivíduo, no estado de natureza e também na sociedade. Por meio dela, cada pessoa tem uma bússola que permite “à razão humana comum” dizer o que é consistente e o que é inconsistente com o dever. Nossas habilidades morais tornam-se conhecidas de cada um de nós devido ao fato da razão, à nossa consciência de uma obrigação categórica que podemos respeitar em contraposição ao atrativo do desejo.

Então, no pensamento kantiano, a razão humana não se sujeita aos fatores da natureza, ou seja, aos fatores empíricos, e pertence a todos, constituindo, assim, uma razão comum que permite a cada um saber exatamente o modo correto de agir, independentemente do atrativo do desejo. Logo, a autonomia é uma característica geral do ser humano, que proporciona a autodeterminação dele conforme uma vida digna e ética.

### 1.4.1 Moralidade como autonomia

Dentro da concepção de autonomia de Kant, somos livres porque detemos o conhecimento da lei moral e podemos sempre agir conforme a mesma: embora na prática o homem possa ceder aos seus desejos e agir contra a lei moral, nunca poderá se enganar no sentido de que não sabia que o dever moral lhe impunha atitude diversa.

De maneira geral, verificou-se que a concepção de moralidade como autonomia tem origem nas discussões de uma *teodiceia*, ou seja, de uma teoria que buscasse determinar a possibilidade e as razões de uma suposta existência de Deus.

Como visto, Kant nunca negou que a existência de Deus era possível, pelo contrário, mesmo em sua teoria moral madura trouxe o incondicionado como pressuposto de aplicabilidade prática da lei moral.

A existência de Deus foi um tema filosófico investigado em profundidade através dos tempos, seja pela negação absoluta, como a feita por Friedrich Nietzsche, seja por uma crença filosófica base, como na obra de Santo Tomás de Aquino. Os pensadores muito discutiram sobre o papel de Deus no plano concreto e a tradução de seus supostos objetivos na alma humana.

Assim, quando se fala em moral, necessariamente o aspecto da divindade é abordado. Na obra de Kant, tanto em suas origens quanto em sua construção teórica solidificada, não foi diferente. Antes de conceber a moralidade como autonomia, Kant elaborou sua *teodiceia*, isto é, uma teoria que explica de modo racional a justiça e a natureza de Deus.

Essa construção teórica influenciou de maneira relevante o seu pensamento moral, essencialmente sob o aspecto de Kant ter considerado possível a existência de Deus, embora ela não seja essencial para a moralidade.

Partindo, pois, de uma base teológica, da mesma forma que a existência do mundo físico pode ser explicada pelas Leis de Newton, a criação do universo a partir da matéria bruta pode ser explicada levando-se em consideração a existência de Deus.

Ao se conceber a existência de Deus, Sua posição de criador do universo lhe confere os atributos da perfeição, da infinitude e da independência de qualquer coisa externa a Ele. Se se lançar mão dos princípios aristotélicos da identidade e da não-contradição, chegar-se-á à conclusão de que, sendo Deus o Ser de seres, perfeito por definição, o mundo por Ele criado deve exibir a Sua glória, sendo também perfeito.

Kant rejeita o voluntarismo<sup>48</sup>, que afirma que Deus deve ser incompreensível em certos aspectos, e lança mão do entendimento de que a natureza divina deve ter como móvel um e somente um princípio que permita à criação ser o resultado da natureza interna divina (bondade e perfeição). Tal princípio informa que Deus age de maneira autônoma.

Para os antivoluntaristas, o voluntarismo impedia o amor a Deus e prejudicava o discernimento moral comum das relações humanas: “uma moralidade composta de tirania e servilismo só pode ser evitada se Deus e o homem formarem uma comunidade moral cujos membros sejam mutuamente abrangentes por aceitarem os mesmos princípios” (SCHNEEWIND, 2005, p. 554-555).

Assim, segundo os fundamentos antivoluntaristas, a moralidade envolve princípios que são válidos tanto para Deus como para nós; Deus e nós temos motivação similar para a ação, de forma que ambos agimos livremente segundo uma mesma regra; não é válido o pensamento de dependência de um ser racional às ordens e aos desejos de outro, nem que este outro seja Deus; Deus é essencial à moralidade (afirmar o contrário seria ateísmo), mas não é o seu criador.

Dentro do pensamento antivoluntarista se encontra uma afirmação de que Deus não é o responsável pelo agir moral dos homens, porque os homens possuem a mesma capacidade moral que Ele, não ocorrendo uma imposição externa das regras da moralidade. De acordo com o exposto, qualquer concepção de moralidade como obediência seria absurda.

Kant compartilha com os antivoluntaristas a rejeição ao servilismo e a admissão de Deus como essencial à moralidade. Kant e os antivoluntaristas em geral:

[...] atribuem a Deus a tarefa de nos garantir que vivamos em um universo moralmente ordenado, em que a virtude seja finalmente recompensada e o vício punido. Somente em um mundo desse tipo a moralidade faz sentido para criaturas livres e inteligentes, porém carentes e dependentes (SCHNEEWIND, 2005, p. 556).

Então, na concepção antivoluntarista, o papel de Deus não é o de criar a lei da moralidade e impô-la aos homens, mas sim de proporcionar um mundo no qual seja mais adequado viver de acordo com a lei moral, ainda que eventual punição por algum vício cometido ocorra num plano universal e atemporal, isto é, fora do âmbito terreno.

---

<sup>48</sup> O voluntarismo, doutrina de que Deus cria a moralidade por um decreto da vontade, foi fundamental para o desenvolvimento da filosofia moral moderna, pois foi a partir desse aspecto teológico que se iniciaram os questionamentos dos defensores da moralidade como autogoverno, que são antivoluntaristas (Hume, Bentham, alguns pensadores franceses radicais) (SCHNEEWIND, 2005, p. 554).

De certo modo, aqui se encontra uma das bases para a construção da teoria moral kantiana, que coloca Deus e o homem como seres autônomos, guiados por uma lei moral comum existente em cada ser, divino ou não, de maneira individualizada e adaptável às situações concretas.

Kant afirma que as leis mecânicas do universo e a construção das possibilidades por Deus promovem a perfeição do mundo (do mundo natural). Em tal contexto, o homem apresenta uma natureza diferente das coisas mecânicas.

O homem e os demais seres racionais, os habitantes de outros planetas, os anjos e até mesmo Deus, apresentariam uma alma imortal. No que se refere ao ser humano, após a morte ele seria libertado do jugo da carne, sofrendo uma transformação em seu ser de forma a comungar com o Criador a verdadeira felicidade (SCHNEEWIND, 2005, p. 541-542).

Enquanto não sofre tal transformação, o homem, pelo exercício da inteligência, é capaz de resistir aos desejos da carne. Os seres racionais seriam mais ou menos morais de acordo com a força com que a matéria atuasse sobre a alma.

Kant encontrara a explicação do mundo físico por meio das leis de Newton. Se o mundo físico é composto por átomos, elaborados individualmente por Deus e dotados de movimentos internamente determinados, criando as grandes belezas, utilidades e harmonias do mundo natural, a *teodiceia* de Kant se pergunta se há no mundo moral o mesmo princípio do físico, pelo qual o moral se sujeita à ação independente de suas unidades constituintes, gerando a perfeição.

Mas a inteligência do ser racional leva à conclusão de que ele é feito de uma alma, que se coloca em uma ordem de valor acima das coisas físicas. Dessa forma, no mundo moral, suas unidades não agem de maneira independente, pois nele estão envolvidos agentes que possuem alma, que deverão agir de maneira correta para gerar a perfeição.

Comparando-se o átomo, no mundo das coisas, ao ser racional, no mundo moral, tem-se que Deus criou as possibilidades para os seres racionais, inculcando em cada um sua essência divina, que o capacita a realizar as possibilidades no mundo moral: o livre arbítrio do homem, a sua liberdade, revela-se na obediência à lei que ele prescreve para si mesmo, mas essa lei é uma lei moral, independente da concepção do que seja bom ou ruim.

Tal escolha deriva da essência divina comum entre Deus e o homem e, como o que vem das decisões de Deus é sempre perfeito, o que resulta das escolhas autônomas dos homens é, de maneira necessária, moralmente bom.

Disso resulta que não há fatores externos a tolher a vontade de Deus e, por via de consequência, as escolhas humanas autônomas independem de qualquer coisa externa.

Portanto, o exercício do livre arbítrio é responsabilidade nossa, não se podendo computar à natureza a responsabilidade por não sermos sempre bons (SCHNEEWIND, 2005, p. 544).

Então a bondade humana está relacionada com a existência de um princípio racional comum entre Deus e o homem, o que proporciona uma ação necessariamente perfeita. O descumprimento do que esse princípio determina levará à imperfeição, mas não por força da natureza ou de outro fator externo, e sim por uma escolha individual. Nesse contexto, Kant definiu *vida* como sendo a capacidade interior para se autodeterminar através de um poder de escolha.

Tratando do assunto mais especificadamente, de acordo com Kant (2005, p. 48), a liberdade é a base das leis morais, logo, as leis práticas são possíveis apenas porque há liberdade e esta, por sua vez, é necessária porque aquelas leis existem como postulados práticos. Por isso, nas palavras de Kant (2005, p. 49), “a lei moral é, na realidade, uma lei de causalidade pela liberdade e, portanto, da possibilidade de uma natureza supracensível”.

### 1.4.2 Imperativos morais

A maior originalidade de Kant se concentrou na criação de um único princípio formal capaz de levar ao agir moral, o que se verifica em seu método ético, resumido na lei fundamental da razão pura prática: “age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer-te sempre como princípio de uma legislação universal” (KANT, 2005, p. 32).

Importante é analisar alguns aspectos das notas de Kant que formaram as origens da concepção de moralidade como autonomia. Nelas, Kant distingue dois tipos de necessidade objetiva na ação: necessidade condicional, que “é hipotética e se os apetites individuais que são considerados condições para uma ação forem reais, trata-se de uma necessidade de prudência”; e necessidade categórica, que “não é tão envolvida quando esta” (SCHNEEWIND, 2005, p. 530).

Vale lembrar que, em sua teoria, o filósofo fez distinção entre o imperativo *hipotético* e o *categórico*. Segundo Kant (2005, p. 20-21), os imperativos<sup>49</sup> são regras

---

<sup>49</sup> Imperativos são, portanto, a forma de um princípio ou expressão da lei para o ser humano. A lei moral só se transmuta em *dever ser*, para o ser que se constitui razão e sensibilidade, de liberdade e de necessidade. O *dever ser* (e por isso imperativo, sua expressão) não tem sentido para um ser puramente racional ou cuja vontade fosse exclusivamente pura; somente o ser cuja vontade pode ser perturbada pelos impulsos e inclinações sensíveis pode ser destinatário de um comando que se expresse de forma imperativa: “tu deves” (SALGADO, 1986, p. 211).

designadas por um *dever ser*<sup>50</sup> capaz de provocar a ação adequada, dividindo-se em hipotéticos e categóricos<sup>51</sup>; constituindo os hipotéticos meros preceitos de habilidade, ou seja, um pensamento condicionado, existente apenas por conta de um efeito visualizado; e os categóricos preceitos absolutos e incondicionados, válidos sem condições subjetivas.

Em outras palavras, uma vez dito que as leis de conduta humana são preceitos, no pensamento kantiano há duas espécies desses preceitos: categóricos e hipotéticos. Categóricos são os que prescrevem uma ação boa para si mesma, como exemplo: "você não deve mentir". Hipotéticos são aqueles que prescrevem uma ação boa para alcançar um certo fim, dentro de um juízo hipotético, como por exemplo: "se você quer evitar ser condenado por falsidade, você não deve mentir" (BOBBIO, 1992, p. 64).

Salgado (1986, p. 223) identifica três fórmulas apresentadas por Kant para expressar o imperativo categórico, a partir da fórmula geral - "age apenas segundo a máxima, em virtude da qual possas querer ao mesmo tempo que ela se torne lei universal":

- a) a fórmula da equiparação da máxima à universalidade da lei da natureza: 'age de tal modo que a máxima da tua ação se devesse tornar em lei universal da natureza'
- b) a da humanidade ou da consideração da pessoa como fim em si mesma: 'age de tal modo que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e ao mesmo tempo, como fim e nunca como meio simplesmente'
- c) a da autonomia ou da liberdade positiva no reino dos fins: age de tal forma que 'a tua vontade, através de suas máximas, se possa considerar ao mesmo tempo como legisladora universal'.

Basicamente, ao aplicar o método ético de Kant é possível, por uma única regra, delimitar a adequação moral de qualquer espécie de agir, justificando por que uma ação é mais ou menos correta do que a outra sob o aspecto ético.

Sobre a moralidade como autonomia, esclarece Schneewind (2005, p. 527):

---

<sup>50</sup> A razão para Kant se desdobra em: razão teórica e razão prática. A razão teórica é o que, na tradição filosófica, se convencionou chamar intelecto, tendo por finalidade conhecer o objeto e a lei da natureza expressa em relações necessárias de causa e efeito. A razão prática, a que se denominou vontade, ou seja, razão que age e que doa finalidade a si e às coisas, dirigindo conhecimento às coisas, enquanto princípio da ação, determina o que deve acontecer e se expressa por uma relação de obrigatoriedade, não de necessidade. É da vontade que surge a noção de *dever ser*, visto que só ela cria esse dever ser. Assim, o intelecto se ocupa do ser, a vontade cria o dever ser ou como diz Hegel, "enquanto a inteligência se ocupa tão somente de captar o mundo como ele é, a vontade, ao contrário, tão somente procura fazer do mundo, antecipadamente, como ele deve ser" (SALGADO, 1986, p. 174).

<sup>51</sup> Em outras palavras, o imperativo categórico é a lei prática válida e buscada por si só e não por um fim. Por isso, os desejos não se justificam se contrariarem o fim da lei moral, que é puro e isento de fatores empíricos; não há obrigação contrária à lei moral.

No cerne da filosofia moral de Immanuel Kant (1724-1804) está a declaração de que a moralidade se centra em uma lei que os seres humanos impõem a si próprios, necessariamente se proporcionando, ao fazê-lo, um motivo para obedecer. Os agentes que são desse modo moralmente autogovernados Kant chama de autônomos. [...] Sua concepção da moralidade como autonomia é algo novo na história do pensamento.

Em sua obra, Schneewind afirma a originalidade em Kant porque seu método ético trazia uma lei para a ação, vista em um princípio da moral, que além de determinar o agir de tal forma, justifica por que esse agir deve ocorrer.

No mais, a moralidade é identificada como a necessidade objetiva que não se pode apoiar na vontade de Deus, enfim, não é a busca de bons resultados ou a obediência à vontade divina (SCHNEEWIND, 2005, p. 530). Enfim, a moralidade se baseia no puro entendimento racional em si, não pretendendo recompensas de qualquer natureza<sup>52</sup>.

Nessa linha, Kant diz que subordinar a moralidade à religião é provocar hipocrisia e idolatria, mas controlar a religião por meio da moralidade torna as pessoas generosas, bem-intencionadas e justas. Mais uma vez se evidencia a preocupação do filósofo, que se repetiu em sua fase madura, de que o homem não precisasse de nada, nem mesmo da religião ou de Deus, para ser capaz de agir conforme a lei moral.

Kant diz ainda que as leis da liberdade são fundamentais para a obediência, mas não responde como a liberdade no entendimento moral pode ser o princípio mais elevado da virtude e também de toda a felicidade.

Kant aceita a problemática da lei natural, como se pode ver no fato de ele tomar como básico o conceito de lei moral, de onde definiu seus demais conceitos, e em algumas afirmações sobre os aspectos empíricos da natureza humana: somos naturalmente propensos a discordar; somente a razão permite que nos movimentemos na direção da paz um com o outro; nossos interesses em honra, poder e posse podem nos levar a um conflito sem fim.

Kant retrata os seres humanos como necessitados de companhia e apoio, ao mesmo tempo em que resistem ao controle social e tendem para um autoengrandecimento ilimitado. De acordo com esse pensamento, o homem é um ser destinado à sociedade (embora seja também um ser antissocial).

Então, Kant reconheceu o caráter pacificador da lei moral à semelhança do que os pensadores anteriores fizeram quanto à lei natural. Contudo, a lei moral, apesar de também

---

<sup>52</sup> Para os defensores da lei natural, os bens e os males estão ligados aos comandos de Deus através de leis que derivam sanções. Para Kant, se obedecermos a essas leis apenas para evitar o castigo divino, não seremos moralmente admiráveis, e a moral terá um caráter mercenário.

desempenhar uma função de controle dos conflitos sociais, é dotada de elementos peculiares mais aprofundados que os do conceito de lei natural.

Nota-se que os defensores iniciais da lei natural formaram seu pensamento dentro da corrente voluntarista, a qual defende a imposição das regras morais de uma fonte divina externa, ao passo que Kant defendeu, desde o início, uma posição antivoltarista, a única que se coadunava logicamente com sua concepção de autonomia.

### 1.4.3 Obediência à lei moral

Kant, assim como Pufendorf, também enfrentou este problema de explicar um motivo não mercenário para a obediência moral. Ele pensa que a lei e a obrigação precisam ser explicadas em termos da necessidade moral.

Nesse sentido, Kant estabeleceu a ideia de que nossos desejos por bens específicos são contingentes e podem ser abandonados se o custo de sua satisfação for muito alto. Isso permite fugir de qualquer obrigação particular em relação aos meios e fins. Para Kant, a moralidade é constituída por uma lei que obriga, independente, dos objetivos de alguém (SCHNEEWIND, 2005, p. 565-566).

Dessa forma, a autonomia kantiana não permite que a lei moral seja dada pela ordem de um ser racional a outro, apesar de conseguir tornar a obrigação e a necessidade moral fundamentais à moralidade, preservando simultaneamente a liberdade de desobedecer à lei. Logo, Kant reelaborou princípios fundamentais da teoria da lei natural.

Na *Metafísica da Moral*, Kant apresenta uma concepção alterada, havendo agora dois princípios: um dirigindo os deveres da lei ou justiça e outro da virtude ou moralidade, conforme expõe Schneewind (2005, p. 571):

O princípio dos deveres legais é que só devemos agir externamente de maneiras que permitam que ‘a liberdade da vontade de cada um coexista com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal’. O princípio da virtude é que devemos “agir de acordo com uma máxima de fins que pode ser uma lei universal para todos”. Esses objetivos, diz Kant, são a nossa própria perfeição e a felicidade dos outros.

Então, a perfeição em Kant está relacionada à capacidade de agir virtuosamente<sup>53</sup> sempre, ou seja, em obediência constante à lei moral, gerando felicidade para os outros.

---

<sup>53</sup> Kant abandona a lei natural segundo a qual as virtudes são hábitos de obediência às leis. Assim, a virtude requer que sejamos movidos por nossa consciência do princípio moral básico e não pelo simples sentimento.

### 1.4.4 Liberdade em Kant

Os defensores da lei natural também fizeram a distinção entre lei moral e legal: a lei moral é aquela que obriga todos os seres humanos, e a segunda constitui as leis que variam de país para país.

Assim, as fortes discussões racionalistas acabaram resultando em uma visão clarividente do direito objetivo ou posto, relevando sobremaneira o Direito Natural. E sobre o binômio *Direito Natural* e *Direito Positivo*, ensina-nos Bobbio (1992, p. 122) que:

Kant segue Locke no que diz respeito à solução do problema da relação entre o Direito Natural e Direito Positivo. Mas Locke distingue o fato de que, para este último, a passagem do estado de natureza para o estado civil acontece por motivo de utilidade, e, portanto segundo um cálculo interessado (o estado de natureza sendo considerado de fato como um estado incômodo e prejudicial), enquanto que, para Kant, esta mesma passagem deve ser realizada para obedecer a uma lei moral.

De qualquer forma, para Kant o estado civil não nasce para anular o Direito Natural, mas para possibilitar o seu pleno exercício. Assim, ambos os direitos (civis e naturais) não estão em rota de colisão, mas interagem e se integram, senão na forma, mas na substância. O conteúdo é o mesmo, porém a forma de fazer valer é que se torna o diferencial.

Pode-se dizer que o direito civil está a dar guarida ao Direito Natural. Bobbio (1992, p. 121), em sua obra, registra um trecho de uma importante carta de Kant dirigida a Heirinch Jung-Stilling (1789), que começa assim:

O princípio essencial supremo da legislação civil é realizar o Direito Natural dos homens que, no *statu naturali* (ou seja, antes da união civil), é uma mera ideia, ou seja, de submetê-lo a normas gerais públicas acompanhadas por coação adequada, com base nas quais possa ser garantido ou procurado para cada um direito próprio.

Enquanto, para Locke, a passagem do estado natural para o civil se dá por motivos de utilidade, para Kant essa passagem se dá para obedecer a uma lei moral, sendo um dever, uma exigência moral, uma vez que se trata de ação que visa não a satisfazer interesses ou evitar prejuízos, mas a alcançar um estado de justiça que suprime o estado de natureza, injusto e imoral.

---

Para Kant, o agente virtuoso é forte e resoluto, capaz de resistir ao impulso do desejo que o tenta a agir contra a moralidade.

Passando do estado natural para o civil, o indivíduo depõe de sua liberdade natural para receber uma nova liberdade no estado civil, independente da natural, todavia dependente da própria vontade de legislar, ou seja, a faculdade de criar leis. Logo, na medida em que cria suas próprias regras, o homem é livre.

Nesses termos, opera-se um duplo conceito de liberdade: a liberdade como faculdade de fazer sem ser impedido (teoria liberal) e a liberdade como obediência à própria lei (teoria democrática) que nós mesmos nos demos (conceito de liberdade como autonomia). Em resumo, criando lei para si mesmo o homem é autônomo.

A primeira (liberdade como não impedimento) representa o momento da liberdade natural do homem enquanto não dominado por leis externas e coercitivas. Já a liberdade como autonomia representa o momento em que o homem tornou-se ligado às leis do Estado, conservando-se livre enquanto seja ele o criador dessas leis às quais se submete.

Bem asseverou Bobbio (1992, p. 131) ao afirmar que:

As duas liberdades são tão pouco inconciliáveis, que a luta pelo Estado moderno foi empreendida em favor de uma e de outra, as constituições modernas dos Estados democráticos reconheceram as duas, a primeira sob a forma de atribuição dos assim chamados direitos de liberdade (liberdade de imprensa, de pensamento, de associação, de reunião), a segunda sob a forma de atribuição dos assim chamados direitos políticos (ou seja, os direitos relativos à participação direta ou indireta do cidadão na formação das leis).

Sendo o homem livre (ser racional), deve ser considerado um fim em si mesmo na pessoa do outro racional, nunca como meio. A liberdade que caracteriza uma pessoa e a torna fim em si mesma - porque não se submete a outras leis senão àquelas que ela dá a si mesma - é o bem maior e único direito inato no ser racional e que, por isso, deve ser distribuído igualmente (SALGADO, 1986, p. 252).

O exercício da liberdade de cada um deve ser compatibilizado com o da liberdade de todos dentro da sociedade, de modo a estabelecer um princípio da igualdade que se apresenta sob duas vertentes: como direito de liberdade inato e igual para todo ser racional e como limitação igual para todos no sentido de possibilitar a sociedade civil, ou a vida em comum dos seres que são fins em si mesmo.

Na filosofia kantiana, a liberdade e igualdade aparecem como princípios basilares da sociedade civil, todavia somente a liberdade pode ser considerada um Direito Natural inato do homem. Liberdade é, portanto, a faculdade de obedecer somente às leis externas a que *eu*

tenha dado a *minha* aprovação. Tanto mais justa é uma lei quanto mais ela expressa a realização da liberdade.

Bem asseverou Salgado (1986, p. 295) que o

[...] contrato social é obra da vontade dos homens e tem uma finalidade: criar a ordem jurídica. A ordem jurídica, por sua vez, como fruto da vontade dos homens, tem uma finalidade: cuidar da sua liberdade. O contrato nasce da liberdade para a liberdade.

Concluiu dessa assertiva que o direito não existe por si e para si, mas para a liberdade.

Nesses termos, há um direito inato e originário nos homens, fundamento de todos os demais, inclusive o de propriedade<sup>54</sup>, que é a liberdade.

Haverá, portanto, uma liberdade interna e outra externa. A primeira se refere à faculdade de agir pela razão internamente, enquanto a segunda é a faculdade de agir (uso externo do arbítrio) na sociedade no momento do contado com o "outro".

Nisso se extrai um conceito de humanidade, ligado ao postulado do imperativo categórico que ordena que a humanidade seja considerada, tanto em nós como nos outros, um fim em si mesma (pessoa).

Kant se afasta da Escola do Direito Natural, pois não há um Direito Natural como regras tiradas da natureza (Direito Natural cosmológico), nem um Direito Natural assentado em uma razão universal estoica, visto que a participação do homem nessa harmonia total é, em última instância, a identificação da natureza; nem um Direito Natural transcendente, ditado pela autoridade divina, que acabaria por se constituir em um código moral externo; nem um Direito Natural deduzido pela razão, como no jusnaturalismo clássico, pois a própria liberdade é uma ideia.

Segundo Salgado (1986, p. 275), Kant pode ser chamado de jusnaturalista somente no sentido de que o Direito Positivo, para ele, não encontra o seu fundamento de validade última em si mesmo ou no arbítrio do legislador, mas na razão ou, em última palavra, na liberdade, o único Direito Natural.

Na *Metafísica dos Costumes*, Kant (2010, p. 59) reconhece a liberdade como único direito originário do homem:

---

<sup>54</sup> Colocando a liberdade como único direito inato e originário do homem, Kant se afasta da concepção de Locke de que a propriedade é um Direito Natural.

A liberdade (a independência de ser constrangido pela escolha alheia), na medida em que pode coexistir com a liberdade de todos os outros com uma lei universal, é o único direito original pertencente a todos os homens em virtude da humanidade destes. Este princípio de liberdade inata implica as seguintes competências, que não são realmente distintas dela (como se fossem integrantes da divisão de algum conceito superior de direito): igualdade inata, isto é, independência de ser obrigado por outros a mais do que se pode, por sua vez, obrigá-los.

Assim, para Kant, o Direito Natural é condição *a priori* da existência do Direito Positivo e seu critério de validade, considerando que a justificação última do Direito Positivo é a liberdade, Direito Natural inato do homem que dá fundamento de autoridade ao legislador. Esse Direito Natural é o mais sagrado direito do homem.

Disso defluiu o direito de compelir os demais a ingressarem em uma ordem jurídica em que os arbítrios de todos se limitem por leis universais. Essa coercibilidade está no momento da formação da sociedade civil; conclui-se que tudo que é um obstáculo ao pleno exercício da liberdade é injusto. Sendo injusto, deverá ser repetido mediante a coação, que passa a fazer parte do direito. A liberdade legitima o contrato social, e o contrato social legitima a coação.

Essa sanção só tem sentido na medida em que aparece o outro, isto é, em que a ação atinja a liberdade do outro. O ético do direito está em preservar a esfera da liberdade do outro (SALGADO, 1986, p. 289).

Em termos gerais, para Kant o conceito *a priori* é o Direito Natural e é o resultado do autoconhecimento da razão, pois o princípio de validade de todo o direito se desdobra em liberdade e igualdade. Assim, ao exercer o primado da liberdade e igualdade, o homem realiza os princípios fundamentais do Direito Natural, que são critérios de validade do Direito Positivo.

Percebe-se que, em Kant, o Direito é a plenitude do ético que somente se torna possível pela liberdade externa, todavia encontra seu critério de validade nos princípios da razão pura prática, ou seja, na legislação autônoma da razão. Justa é a lei que deriva da liberdade, assim como justa é a lei elaborada pelos destinatários em igual medida.

Socorrendo-se do escólio de Salgado, a idéia de justiça em Kant (que não é apenas virtude do particular) desdobra-se em três momentos. Segue a lição do mestre:

1 - Justo é, em primeiro lugar, o que reconhece o único Direito Natural (inato), a liberdade, como igual para todos os seres racionais (o homem na humanidade);

2 - Justo é, de outro lado, o que realiza as liberdades externas de todos os indivíduos, limitadas por um princípio de igualdade, isto é, segundo uma lei universal, no sentido de compatibilizá-las e tornar possível a sociedade organizada (o homem na sociedade civil);

3 - Justa é, finalmente, a lei que realiza a liberdade no sentido de autonomia, ou seja, a lei que cada vez mais se aproxima do princípio da racionalidade, criando uma legislação jurídica universal, no sentido de ser a expressão da vontade geral da qual cada um deve participar, como garantia da paz perpétua num reino dos fins (o homem na república e no contexto da sociedade das nações). A ideia de igualdade se mostra sob três aspectos: 1. igualdade de todos os seres racionais que possuem direitos inatos, a liberdade; 2. igualdade como limitação dos arbítrios individuais para a formação da sociedade civil; 3. como igual participação paritária na legislação jurídica, enquanto expressão da vontade geral na perspectiva do republicanismo (SALDADO, 1986, p. 341).

As ideias de lei moral, boa vontade, dever e respeito se propagaram através das teorias filosóficas contemporâneas. Aliás, produziram também reflexos nas obras filosófico-jurídicas e, conseqüentemente, na visão do Direito na sociedade contemporânea. Com efeito, a contribuição de Kant se faz presente no pensamento de justiça social, notadamente no conceito de dignidade humana e da exigência do Bem supremo como ideal de vida racional de toda a humanidade que decorre de uma sociedade de consenso, considerando o homem como um fim em si mesmo e nunca como meio. A assertiva é corolário lógico da liberdade inata do homem.

As críticas que se podem fazer a Kant por ter ficado, no momento, abstrato da liberdade da igualdade, embora próprias, não anulam o dado positivo inerente à ideia (projeto) de uma república pura fundada no conceito de liberdade e de uma paz perpétua<sup>55</sup>.

### **1.4.5 Direito à humanidade**

O mérito de Kant foi ter introduzido do ponto de vista da fundamentação teórica, em definitivo, a ideia de liberdade no conceito de justiça, que nunca mais poderá ser dela separada, por já constituir um valor da nossa cultura.

O fato é que desde a Declaração Universal de Direitos Humanos, quando o fundamento da dignidade da pessoa humana foi legalmente estabelecido, busca-se compreender em que consistiria tal dignidade.

---

<sup>55</sup> A paz perpétua configura o supremo bem político do homem, não só no sentido de mais alto (moralidade), como também no sentido de mais completo (moralidade e felicidade), e é considerado por Kant como o coroamento da história do homem vista do lado da liberdade (não da natureza) como constante.

O direito de humanidade está ligado ao imperativo categórico que ordena que a humanidade seja considerada, tanto em nós como nos outros, fim em si mesma (pessoa). A partir desse princípio de moralidade, a filosofia kantiana faz uma distinção entre direito de humanidade na própria pessoa (correspondente ao dever diante de si mesmo) e o direito dos homens na pessoa dos outros (correspondente a um dever diante dos outros). O primeiro exige de *mim* que *eu* faça valer a *minha* dignidade de pessoa, o segundo que *eu* respeite essa dignidade no outro (SALGADO, 1986, p. 273)

A dignidade é estabelecida como um valor e não faria o menor sentido se o homem não pudesse compreender e aplicar o seu conteúdo, ou seja, se não fosse dotado de autonomia a ponto de compreender a lei moral.

Afinal, o homem dá a si próprio a regra de sua ação, com uma base racional universal, decorrente do patrimônio racional comum da humanidade, ou seja, por ser homem é dotado de razão, a qual detém os mesmos pressupostos lógicos em qualquer lugar do mundo.

A dignidade é o valor absoluto do Direito, o parâmetro de leitura para todos os direitos fundamentais e para as leis submetidas hierarquicamente à Constituição Federal. Da mesma forma, a lei moral é o fundamento racional do homem, que o torna não só livre, mas também autônomo.

Assim, a autonomia está para o homem da mesma forma que a dignidade está para o Direito, de modo que dignidade é sinônimo de autonomia e o homem é digno por ser autônomo.

Vale lembrar que mesmo o conceito de lei natural, o qual fundamentou a elaboração de um documento jurídicamente numerador dos direitos humanos, ou seja, dos direitos naturalmente inerentes a todo aquele que detém a condição humana, possui íntima relação com o de lei moral, base essencial do conceito de autonomia da vontade.

Importante trazer à baila a observação de Finnis (2007, p. 195) que a designação *Direitos Humanos* substitui, na contemporaneidade, o termo Direito Natural em âmbito interno, supranacional e internacional, usando as expressões como sinônimas: "Direitos Humanos, sendo expressão contemporânea para Direitos Naturais: eu uso os termos como sinônimos".

E somente podemos falar em Direitos Humanos (ou Naturais no pensamento de Finnis) porque o liberalismo exacerbado apenas consolidou as desigualdades, posto que, na feliz exposição de Nalini (2012, p. 98), o individualismo é incensado e o coletivo reside

apenas no discurso, pois o ser contemporâneo não hesita em eleger seus exclusivos interesses, em detrimento do bem comum.

Em outros termos, o homem autônomo é dotado de livre discernimento, de racionalidade pura, a qual o impulsiona a manter sua condição de dignidade, exigindo pelos instrumentos jurídicos que se mostrem disponíveis à preservação de tal condição.

Então, o homem verdadeiramente autônomo possui não apenas um livre-arbítrio de se impor na sociedade tal qual um animal, seguindo seus instintos e buscando fazer valer os seus interesses pessoais conforme suas necessidades empíricas, mas possui racionalidade a ponto de buscar a sua felicidade de maneira digna.

Entretanto, cabe ao Estado propiciar condições de desenvolvimento para que o homem aperfeiçoe sua condição de autônomo e alcance o status pleno de dignidade. Esse é o compromisso por ele assumido nos tratados internacionais e em toda Constituição Federal que possa se chamar de democrática.

Grande parte do pensamento filosófico dos séculos XIX e XX será uma releitura ou interpretação da filosofia de Kant. Estes neokantismos abdicarão de uma posição francamente antimetafísica e pretenderão reduzir o kantinismo à crítica do conhecimento. Desse pensamento resulta o Positivismo, objeto do próximo estudo.

## CAPÍTULO 2 - POSITIVISMO JURÍDICO: DA ASCENSÃO À CRISE

### 2.1 Ascensão do Positivismo Jurídico

Com a formação do Estado moderno nos séculos XVIII e XIX, o Estado toma para si a monopolização da produção jurídica, isto é, a exclusividade de criar o direito, ou mais precisamente as leis que regerão a sociedade.

A alteração no modo de produção do direito culminou com uma mudança nas categorias do direito. Estado e Direito se equivalem, posto que o direito deriva do Estado. Enquanto no Estado primitivo em geral as normas jurídicas eram produto da sociedade pluralista<sup>56</sup>, adotando uma concepção dualista de direito (Direito Natural e Positivo), no Estado moderno há uma concepção *monista*, ou seja, apenas vigora o Direito Positivo.

Positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando "Direito Positivo" e "Direito Natural" não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o Direito Positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio e o Direito Natural é excluído da categoria do direito.

A partir desse momento o acréscimo do adjetivo "positivo" ao termo "direito" torna-se um pleonasma. *Positivismo* é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o *positivo* (BOBBIO, 2006, p. 26).

Antes da formação do Estado moderno, não havia vinculação exclusiva na lei para as soluções das controvérsias, antes pelo contrário, existia uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar, deduzindo regras dos costumes, da equidade e da razão (Direito Natural).

Na formação do Estado moderno há uma imposição para aplicar as normas e penas impostas pelo Estado, único criador do direito. Esse processo de monopolização da produção jurídica por parte dos Estados modernos tem precedentes na compilação de Justiniano.

Todo o complexo de normas que regiam o direito romano foi condensado por determinação de Justiniano, no *Corpus juris civilis*, transmudando de direito de origem social para direito de Estado que encontra fundamento na vontade do príncipe.

---

<sup>56</sup> Sociedade pluralista, pois cada grupo social tinha seu próprio direito: havia o direito feudal, o direito das corporações, o direito das comunas ou *civitates* (dito "direito estatutário", porque os atos que o constituíam chamavam-se "estatutos"), o direito dos "reinos". Todos esses direitos eram, em geral, subordinados ao romano, assim como todas as organizações sociais eram subordinadas ao Império (BOBBIO, 2006, p. 31).

Na Idade Média, o direito romano difundiu-se com o nome de "direito comum" (*jus commune*), contrapondo-se ao direito próprio das diversas instituições, característica da sociedade pluralista.

No conflito entre o *jus commune* e o *jus proprium*, aos poucos vai se firmando e prevalecendo o primeiro (*jus commune*), pois emana da vontade do Imperador. Com a constante prática, o direito se reduz ao *jus commune*, produto do Estado. Percebe-se que a monopolização jurídica tem estreita relação com o Estado absoluto.

O termo final do contraste entre direito comum e direito estatal é representado pelas codificações (final do século XVIII e início do século XIX), através das quais o direito comum foi absorvido totalmente pelo direito estatal. Da codificação começa a história do positivismo jurídico verdadeira e propriamente dito (BOBBIO, 2006, p. 32).

A filosofia jusnaturalista passou por severas críticas notadamente quanto a seus mitos *estado de natureza, lei natural, contrato social*, todos ligados ao pensamento racionalista do século XVIII. Mas foi o movimento chamado historicismo que conduziu o Direito Natural à margem da concepção jurídica.

O historicismo teve sua origem com a escola histórica do direito, surgindo na Alemanha no final do século XVIII e começo do século XIX, representando em Savigny seu maior expoente.

Por esse movimento, o Direito Natural não é mais entendido como um sistema normativo de regras e sim, tão somente, um conjunto de considerações filosóficas sobre o próprio Direito Positivo, vale dizer, uma filosofia do Direito Positivo.

Bobbio (2006, p. 49) muito bem observou algumas características fundamentais do historicismo:

1) O sentido da variedade da história devida à variedade do próprio homem: não existe o Homem (com H maiúsculo) com certos caracteres fundamentais sempre iguais e imutáveis, como pensavam os jusnaturalistas; existem homens, diversos entre si conforme a raça, o clima, o período histórico.

2) O sentido do irracional na história, contraposto à interpretação racionalista da história própria dos iluministas: a mola fundamental da história não é a razão, o cálculo, a avaliação racional, mas sim a não-razão, o elemento passional e emotivo do homem, o impulso, a paixão, o sentimento (de tal modo o historicismo se torna Romantismo, que exalta o quanto de misterioso, de obscuro e de turvo existe na alma humana). Os historicistas escarnecem assim das concepções jusnaturalistas, tal como da ideia de que o Estado tenha surgido após uma decisão racionalmente ponderada de dar origem a uma organização política que corrigisse os inconvenientes do estado de natureza.

3) Estreitamente ligada à ideia de irracionalidade da história está a ideia de sua tragicidade [*pessimismo antropológico*]: enquanto o iluminista é fundamentalmente otimista porque acredita que o homem com sua razão possa melhorar a sociedade e transformar o mundo, o historicista é pessimista porque não compartilha dessa crença, não crê nos "magníficos destinos e progressos" da humanidade.

4) Um outro caráter do historicismo é o elogio ao passado e o amor a este: não havendo crença no melhoramento futuro da humanidade, os historicistas têm, em compensação, grande admiração pelo passado, nítido contraste com os iluministas, os quais desprezam o passado exaltante as "luzes" da Idade racionalista.

5) O amor à tradição, isto é, pelas instituições e pelos costumes existentes na sociedade e formados através de um desenvolvimento lento, secular.

A ideologia jurídica dos historicistas resulta do princípio de que o direito não é uma ideia da razão, mas sim produto da história, pois nasce e se desenvolve na História (fato histórico cultural) com variações no tempo. Nasce do sentimento de justiça, não obstante cultue um pessimismo antropológico, desconfiando de novas instituições jurídicas.

Por esses aspectos, o historicismo é considerado precursor do positivismo jurídico tão somente no sentido de que teceu duras críticas à escola jusnaturalista de um direito universal e imutável.

Mas foram as grandes codificações ocorridas entre o fim do século XVIII e o início do século XIX que fixaram marco histórico na ascensão do Positivismo. Paradoxalmente, essas codificações foram resultado do movimento iluminista no final do século XVIII, que buscava a "positivação do Direito Natural", produto da razão humana.

Os iluministas consideraram necessário substituir as várias normas consuetudinárias (herança da Idade das trevas) por um direito constituído por um conjunto sistemático de normas jurídicas derivadas da razão humana reduzidas em leis. Assim, nota-se que o movimento da codificação que ascendeu o Positivismo teve origem no jusnaturalismo.

Das codificações, duas tiveram grande influência na nossa cultura: a justiniana e a napoleônica. Por Justiniano foi fundada a elaboração do direito comum romano na Idade Média e na Moderna; já o Código de Napoleão influenciou sobremaneira nas codificações posteriores. É que na legislação napoleônica temos um código sistematizado e não somente um amontoado de leis.

O movimento pela codificação, na França, tem como principal referência doutrinária a Escola de Exegese, assim como bem asseverou Bittar e Almeida (2011, p. 383)

A escola de exegese deve ser nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão, técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição de matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código.

Assim, essa escola defende que o ordenamento jurídico é completo e autossuficiente, sendo desnecessário e impertinente socorrer-se do Direito Natural para sua completude. Eventuais lacunas devem ser solucionadas pelo próprio ordenamento jurídico.

Ao lado da escola da exegese vem a escola analítica na Inglaterra, cujo principal representante, John Austin, define o Direito Positivo como aquele direito emanado diretamente dos soberanos, afirmando que "toda lei positiva, ou bem toda lei simples e estritamente dita, é posta por uma pessoa soberana ou por um corpo de soberano de pessoas a um ou mais membros da sociedade política independente na qual essa pessoa ou esse corpo é soberano ou supremo" (BITTAR; ALMEIDA, 2011, p. 384).

Essas escolas têm um ponto em comum: a negação dos fundamentos jusnaturalistas. Mas foi em Hans Kelsen<sup>57</sup>, no século XX, que houve o desenvolvimento científico do positivismo jurídico.

Para esse filósofo, *Direito* se entende sob *Direito Positivo*, realmente fixado por pessoas, distinto da moral, ou um direito, correspondente à moral ou a uma moral correta, justo, natural - é, essencialmente norma, um sentido específico, cuja expressão idiomática é uma proposição-dever (HECK, 2010, p. 52).

A teoria Pura de Kelsen tem o escopo de pesquisar a norma jurídica pelo seu critério de validade (existência de uma norma jurídica), a vigência (produção e efeitos de uma norma jurídica) e a eficácia (condutas obedientes a uma norma jurídica). É que para Kelsen o sentido de "norma" é algo que deve ser, especialmente que seres viventes, sobretudo, pessoas, devem sob determinadas circunstâncias, comportar-se de modo determinado, segundo o que foi prescrito. Norma é uma prescrição de comportamento, algo de *deve ser*. Uma prescrição não é uma declaração, algo que é, mas que se *deve ser*.

Kelsen propõe a norma hipotética fundamental: ela não é posta, é pressuposta. Kelsen teve grande influência de seus antecessores; a teoria pura do direito não se

---

<sup>57</sup> Hans Kelsen nasceu em Praga e com três anos se mudou para Viena. Estudou direito na Universidade de Viena. Judeu, Hans Kelsen foi perseguido pelo nazismo e emigrou para os Estados Unidos, onde fez magistério na Universidade de Berkeley, vindo a falecer nesta mesma cidade. Publicou cerca de quatrocentos livros e artigos, com destaque para a Teoria Pura do Direito ("REINE RECHTSLEHRE") pela difusão e influência alcançada.

desenvolveu de forma monolítica, ou seja, teve significativa contribuição da academia de Viena.

A chave para o entendimento do Kelsen está na afirmação de que "*toda indagação sobre algo procura antes de tudo legitimar-se por meio de 'como é permitido perguntar'*". Alinhado ao pensamento de toda descrição de um fenômeno científico, deve-se passar por uma definição metodológica, por regras e princípios a partir dos quais será descrito o direito. O caminho determina o objetivo final, ou seja, a elaboração de uma definição científica de direito.

Inicialmente delimitou seu positivismo jurídico através de uma teoria positiva do direito. Kelsen se coloca em confronto com duas grandes teorias que se avizinhava na sua época: o Direito Natural da escola história do direito e a teoria chamada positivista (por Kelsen, *pseudopositivista*) que procurou elaborar um teoria do Direito Positivo, porém não se mostrava fiel a seus propósitos.

A teoria de Kelsen está fundamentada em quatro pilares metodológicos. O primeiro é o de que toda teoria do direito é derivada de atos humanos; Direito Positivo é exclusivo direito posto pelo homem. O *parece ser*, pressuposto de fácil entendimento, é importantíssimo em Kelsen, que mostrará que uma norma não existe no pensamento, mas no ato posto pelo legislador. O segundo é o de que não existe uma moral única, um arcabouço de valor único, perene, estático que possa guiar um ordenamento jurídico. O terceiro é o da idéia sobre o *ser* e *dever ser*. Kelsen utiliza o *ser* e o *dever ser* como categorias de descrição. O *ser* para descrever os fatos e o *dever ser* como descrição das normas jurídicas. O quarto é o da teoria da objetividade da ciência do direito. A ideia de que fazer ciência, descrever o direito, pressupõe uma descrição objetiva e imparcial.

A partir desses pressupostos metodológicos, Kelsen procurou construir, ajustar e polir a sua teoria do direito concreto. Procurou descrever uma ciência do direito através de pressupostos metodológicos que pudessem identificar a validade das normas de qualquer ordenamento jurídico.

Quando se pensa em *sistemas*, necessariamente, pensa-se em *ciência* e a ciência cumpre um papel de decidibilidade e classificação. Na antiguidade e medievalidade, há proposta de organização de sistema, mas com falhas científicas quanto a critérios de decidibilidade e classificação. Mesmo no Direito Romano de Justiniano, há uma aglomeração de leis sem um critério científico de classificação.

Bem asseverou Bittar e Almeida (2011, p. 389) que

[...] o positivismo jurídico, como movimento de pensamento antagônico a qualquer teoria naturalista, metafísica, sociológica, histórica, antropológica, etc, adentrou de tal forma nos meandros jurídicos, que suas concepções se tornaram estudo indispensável e obrigatório para a melhor compreensão lógico-sistemática do Direito.

## 2.2 Direito Natural e Direito Positivo e sua relação recíproca

Percebe-se que, até o final do século XVIII, o Direito poderia ser definido sob dois aspectos: o Direito Natural e o Direito Civil (ou Positivo). A diferenciação estava no grau do sentido para cada instituto, ou melhor, os planos de graduação relacional entendendo o Direito Natural como paradigma do Direito Positivo.

O que se quer dizer é que para os oitocentistas racionais, Direito Natural e Direito Positivo são postos em planos diferentes de graduação no sentido de que uma espécie (Direito Natural) é considerada superior a outra (Direito Positivo).

Essa relação de graduação não existiu na época clássica, notadamente em Aristóteles. De fato, o Direito Natural era tido como "direito comum" (*koinós*) e o Positivo como direito de cada cidade. No conflito de ambos os direitos, prevalecia o Direito Positivo.

É importante assinalar que, conforme bem observou Noberto Bobbio, essa distinção já era encontrada em Aristóteles e registrada no capítulo VII, do livro V, de sua *Ética a Nicômaco*:

Da justiça civil uma parte é origem natural, outra se funda em a lei. Natural é aquela justiça que mantém em toda parte o mesmo efeito e não depende de o fato de que pareça boa a alguém ou não; fundada na lei é aquela, ao contrário, de que não importa se suas origens são estas ou aquelas, mas sim como é, uma vez sancionada (Bobbio, 2006, 16).

Para Aristóteles, o Direito Natural não resultava de uma ciência particular e positiva, derivava da prudência, uma disposição *sui generis*, entre a ciência e a arte, buscando a justiça, virtude moral própria do mundo jurídico. Não pretendeu situar-se acima e paralelamente ao Direito Positivo, conforme anteriormente observado.

Bobbio (2006, p. 17) identificou dois critérios pelos quais Aristóteles distingue o Direito Natural do Positivo:

a) Direito Natural é aquele que tem em toda parte (*pantachou*) a mesma eficácia (o filósofo emprega o exemplo do fogo que queima em qualquer

parte), enquanto o Direito Positivo tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto;

b) o Direito Natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros. Prescreve, pois, ações cuja bondade é objetiva (ações que são boas em si mesmas, diriam os escolásticos medievais). O Direito Positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro, mas uma vez reguladas pela lei, importa (isto é: é correto e necessário) que sejam desempenhadas do modo prescrito em lei.

E arremata Bobbio com um exemplo: antes da existência de uma lei ritual é indiferente sacrificar a uma divindade uma ovelha ou duas cabras; mas uma vez existente uma lei que ordena sacrificar uma ovelha, isto se torna obrigatório; é correto sacrificar uma ovelha e não duas cabras não porque esta ação seja boa por sua natureza, mas porque é conforme uma lei que dispõe desta maneira.

Esta dicotomia também está presente no direito romano sob o rótulo de *jus gentium* (Direito Natural) e *jus civile* (Direito Positivo). O *jus civile* tem seu limite a um determinado povo, enquanto o *jus gentium* não tem limites, sendo de aplicação universal. Assim, *jus civile* é posto pelo próprio povo pelo qual é regido, enquanto o *jus gentium* é posto *naturalis ratio*, posto que imutável.

A seu turno, na Idade Média, essa relação se inverte. O Direito Natural passa a ser considerado superior ao Positivo, haja vista não mais ser entendido como direito comum, antes pelo contrário, era a própria vontade de Deus escrita nos corações dos homens.

Lembramo-nos dos ensinamentos de São Paulo<sup>58</sup> ao ministrar que "quando os gentios, que não têm lei, fazem naturalmente as coisas que são da lei, não tendo eles lei, para si mesmos são lei; os quais mostram a obra da lei escrita em seus corações" (BÍBLIA SAGRADA, 2002, p. 1022).

A Escola do Direito Natural foi marcada, ao longo dos tempos, por peculiaridades bem expostas na lição de Bobbio (2006, 22-23), que assim assinalou:

a) o primeiro se baseia na antítese universalidade/particularidade e contrapõe o Direito Natural, que vale em toda parte, ao Positivo, que vale apenas em alguns lugares (Aristóteles – Inst. – 1ª. definição);

b) o segundo se baseia na antítese imutabilidade/mutabilidade: o Direito Natural é imutável no tempo, o Direito Positivo muda (Inst. – 2ª. definição - Paulo); esta característica nem sempre foi reconhecida: Aristóteles, por

---

<sup>58</sup> Bíblia Sagrada, Romanos, 2:14-16 (BÍBLIA SAGRADA, 2002).

exemplo, sublinha a universalidade no espaço, mas não acolhe imutabilidade no tempo, sustentando que também o Direito Natural pode mudar no tempo;

c) o terceiro critério de distinção, um dos mais importantes, refere-se à fonte do direito e funda-se na antítese *natura-potestas populus* (Inst. – 1ª. Definição -, Grócio);

d) o quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual chega a nós (isto é, os destinatários), e lastreia-se na antítese *ratio-voluntas* (Glück): o Direito Natural é aquele que conhecemos através de nossa razão (Este critério liga-se a uma concepção racionalista da ética, segundo a qual os deveres morais podem ser conhecidos racionalmente, e, de um modo mais geral, por uma concepção racionalista da Filosofia.) O Direito Positivo, ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação);

e) o quinto critério concerne ao objeto dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados por estes: os comportamentos regulados pelo Direito Natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo Direito Positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo Direito Positivo (é justo aquilo que é ordenado, injusto o que é vetado) (Aristóteles, Grócio);

f) a última distinção refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo: o Direito Natural estabelece aquilo que é bom, o Direito Positivo estabelece aquilo que é útil.

Extrai-se dessa concepção que o Direito Natural, para os pensadores da Idade Média, era superior ao Direito Positivo. Todavia essa distinção de graduação não importava distinção de qualificação. Direito Natural e Direito Positivo são "direito" na mesma acepção do termo. Esse pensamento domina toda a geração jusnaturalista oitocentista.

Percebe-se que a importância decisiva para a doutrina do Direito Natural é estabelecer qual sua relação com o Direito Positivo. Parte-se do pressuposto de ser Direito Natural um sistema de normas que, diferentemente do Direito Positivo, não são postas por ato humano, antes são disposições naturais quer seja resultante da natureza, de Deus, da razão ou mesmo de um princípio objetivo semelhante. São normas tidas como boas, corretas e justas.

Nesse particular, Kelsen<sup>59</sup> estabelece uma diferença entre Direito Natural e Direito Positivo pelo fundamento de validade ou - o que é o mesmo- pelo princípio de validade que, no caso do Direito Natural, é um material, no caso do Direito Positivo, um formal.

---

<sup>59</sup> Extraído do artigo "Direito Natural e Direito Positivo. Uma investigação de sua relação recíproca", que encontra-se publicado na *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*. Jahrg. II, Brunn: Rudolf M. Rohrer, 1927-1928, S. 71 ff. Título no original: *Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses*.

São Direito Natural e Direito Positivo dois sistemas de normas distintos? Para o mestre austríaco, isso poderia parecer contraditório e duvidoso considerando o fato de que ambas as ordens (Direito Natural e Direito Positivo) dizem respeito ao mesmo objeto, vale dizer, a conduta recíproca das pessoas.

Todavia, para Kelsen em Heck (2010, p. 26), o modo no qual Direito Natural e Direito Positivo regulam esse seu objeto é essencialmente diferente. E explica:

Uma ordem o faz, a ela fixar como devida a - socialmente desejada - conduta sob determinadas condições, a outra, ao ela estatuir para o oposto contraditório dessa conduta um ato de coerção contra aquele que assim se comporta, portanto, apresenta-se, à diferença da primeira, como ordem de coerção.

Tem-se, portanto, que ambas as normas provêm de diversos sistemas de validade, ou seja, formam dois sistemas distintos que remontam uma diversidade do fundamento de validade, com normas fundamentais distintas, independentes uma da outra, reciprocamente excludentes, significando que ambas não encontram lugar em um mesmo sistema de normas. O Direito Positivo é um ordenamento de coerção; já o Direito Natural decorre da operação de ideias puras.

É que para o mestre austríaco, o Direito Natural se desenvolve segundo um sistema estático em que as normas se desenvolvem - a partir da norma fundamental - por uma mera operação das ideias sem que necessite de um ato humano de fixação de norma que as criam.

Explicando: da norma fundamental do amor deriva que não devemos violar ninguém, ajudar o necessitado, e assim por diante: através da operação de ideias que decorrem da norma fundamental derivam outras normas sem que haja necessidade do estabelecimento destas por ato humano.

Por outro lado, o Direito Positivo se desenvolve segundo um sistema dinâmico no qual as normas se desenvolvem por delegação da norma fundamental - posto que elas foram fixadas, precisamente, no modo que a norma fundamental prescreve. Em outras palavras, pelo sistema dinâmico, as normas não decorrem da operação de ideias, mas delega autoridade - pela norma fundamental - a uma vontade humana determinada para a fixação de normas.

Toda a oposição entre Direito Natural e Direito Positivo deixa, em certo sentido, apresentar-se como oposição entre um sistema de normas estático e um dinâmico. E a contradição se estabelece, para Kelsen, justamente nessa confusão de sistemas:

Na mesma medida que a teoria do Direito Natural deixa sua ordem 'natural' desenvolver-se não segundo um princípio estático, mas segundo um dinâmico, que ela deixa penetrar e tem de deixar penetrar no Direito Natural o princípio da delegação, contanto que ela seja atenta à realização, à aplicação do Direito Natural às relações humanas fáticas, transforma-se o Direito Natural, de repente, de certo modo sob suas mãos, em um Direito Positivo (HECK, 2010, p. 27).

Disso decorre que são, de fato, dois sistemas de normas distintos, em sua validade independentes um do outro porque se baseiam em duas normas fundamentais diferenciadas, que dizem respeito ao mesmo objeto (regulação das condutas recíprocas entre pessoas). Como têm o mesmo âmbito de validade, então não está excluída a possibilidade de uma contradição lógica insolúvel entre ambos.

Existindo, pois, dois sistemas de normas distintos, então não podem ser aceitos ambos os sistemas, devendo um ser preterido em favor de outro, posto que somente um sistema poderá ser aceito como válido (HECK, 2010, p. 28).

Essa assertiva decorre da contradição do sistema. Imaginemos uma casuística em que a norma de um sistema exige de uma determinada pessoa, sob determinadas condições, que se comporte de modo "a". A norma do outro sistema estatui, sob as mesmas condições, para a mesma pessoa, a conduta "não-a".

Essa contradição evidencia-se ao afirmar que a norma "a" (como norma moral) e a norma "não-a" (como norma jurídica) valem simultaneamente. Ao se considerar ambas as normas do mesmo sistema de conhecimento, haverá uma contradição lógica como aquela de lei da física que constata a influência de duas forças dirigidas em sentido contrário sobre um determinado corpo.

Observa-se que, para Kelsen, não há contradição alguma afirmar a validade da norma "a" (como norma jurídica), embora exista o fato *de ser* em que pessoas acreditam, ideiam-se, querem que "não-a" *deve ser* (como norma moral), sem, contudo, emprestar-lhe validade. Reconheceu-se, assim, Direito Natural e Positivo como dois sistemas de normas distintos um do outro segundo seu fundamento de validade supremo, podendo somente ou o Direito Natural ou o Direito Positivo ser afirmado como sistemas de normas válidas (HECK, 2010, p. 30).

Kelsen foi categórico ao afirmar que

[...] a consequência essencial do positivismo jurídico é a separação do direito e da moral e, por isso, também o chamado Direito Natural, que forma um componente da moral, que pode ser considerado como metafísica do direito e que não fixado por atos da vontade humana, mas - segundo a doutrina do Direito Natural - deduzido da natureza (HECK, 2010, p. 92).

Essa forma exclusiva de validade última de normas leva à dedução lógica, à validade de uma ordem positiva, então não pode, simultaneamente, ser aceita uma ordem "natural" dentro do mesmo âmbito de validade. Por outros termos, ao lado do Direito Positivo, um Direito Natural é impossível logicamente.

### 2.3 Positivismo Jurídico no pensamento de Bobbio

Bobbio (2006, p. 131-133) identificou com precisão sete características fundamentais do positivismo jurídico que podem assim serem resumidas:

- 1) O modo de abordar, de encarar o direito no sentido de entender o **direito como um fato e não como um valor**. O direito é considerado um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural; o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda realidade natural, abstendo-se de juízos de valor;
- 2) A definição do direito em função do elemento coação, de onde deriva a **teoria da coatividade do direito**. As normas são feitas para valer por meio de força cogente;
- 3) **Identificar as fontes do direito** sendo que historicamente o positivismo jurídico adere à teoria da legislação como fonte preeminente do direito, isto é, como este considera o direito *sub specie legis*, colocando a problemática sobre a existência de outras fontes do direito, bem como estabelecer uma relação entre lei e costume;
- 4) Estabelecer a **teoria da norma jurídica**, ou seja, considerar a norma como um comando, formulando a teoria imperativista do direito, que se subdivide em numerosas subteorias, dentre elas a definição de normas permissivas;
- 5) Firmar uma teoria **do ordenamento jurídico** que considera a estrutura não mais da norma isoladamente tomada, mas do conjunto de normas jurídicas vigentes numa sociedade, dirimindo as antinomias [contraditórias ou contrárias] e estabelecendo uma completitude para excluir eventuais lacunas do direito.
- 6) Fixar um **método** da ciência jurídica quanto ao problema da **interpretação** ou o modo de compreender toda a atividade científica do jurista;
- 7) Por final, entender a **teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal**, tratando-se de uma abordagem ética do Positivismo. [GRIFO NOSSO]

Nesses termos, o Positivismo jurídico nasce com a justificativa de transformar metodologicamente o direito em verdadeira ciência, tais como a Matemática e a Física, desprovida de valor, haja vista que a ciência consiste somente em *juízo de fatos*.

O *juízo de fato* representa uma tomada de conhecimento da realidade no escopo de apenas informar, de comunicar a um outro a constatação. De outra banda, o juízo de valor representa um posição frente à realidade no desiderato de não apenas informar, mas de influir sobre o outro, ou seja, dirigir a escolha do outro segundo seus interesses.

A ciência se afasta dos juízos de valor notadamente porque deseja um conhecimento puro e objetivo da realidade, considerando que os juízos de valores constituem-se de um conhecimento subjetivo, portanto pessoais. É que a partir da revolução científica, a ciência abandonou a concepção teleológica da natureza, renunciando as premissas moralista ou metafísica, adotando um conhecimento puramente experimental.

Para Kelsen (1998, p. 79), a ciência jurídica procura apreender o seu objeto "juridicamente", isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica.

É que, para Kelsen, quando uma ciência é designada como ciência social por se dirigir à conduta recíproca dos homens, uma tal ciência social, à medida em que procura explicar casualmente a conduta humana, não se distingue essencialmente das ciências Física, Biologia ou Psicologia.

E acrescenta o referido autor:

Uma distinção essencial existe apenas entre as ciências naturais e aquelas ciências sociais que interpretam a conduta recíproca dos homens, não segundo o princípio da causalidade, mas segundo o princípio da imputação; ciências que não descrevem como se processa a conduta humana determinada por leis causais, no domínio da realidade natural, mas com ela, determinada por normas positivas, isto é, por normas postas através de atos humanos, deve-se processar (KELSEN, 1998, p. 96).

Mesmo as ciências sociais acabaram por adotar essa metodologia, tanto que o Positivismo assume uma atitude científica frente ao Direito, estando o direito a partir do que ele é, e não como deveria ser<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> *Ser e dever-ser* diferem entre si assim como as ciências sociais (humanas) diferem das ciências naturais (físico-matemáticas). Essa diferenciação repousa na distinção provocada pelos termos *causalidade e imputação* e suas consequências lógico-teóricas. Condição e consequência estão ligadas não segundo o princípio da causalidade, mas segundo o princípio da imputação. De fato, condição e consequência ligam-se pela imputação de uma sanção a um comportamento, na esfera do Direito; nesse sentido, a sanção pode ser, como pode não ser

Bem observou Bittar e Almeida (Bittar e Almeida, 2011, p. 389) que:

As categorias do ser (*Sein*) e do dever-ser (*Sollen*) são os pólos com os quais lida Hans Kelsen, para distinguir realidade e Direito, que caminham em flagrante dissintonia, em sua teoria. Mais precisamente, é com a quebra de relação ser/dever-ser que pretende Hans Kelsen operar para diferir o que é jurídico (fenômeno jurídico puro) do que é não jurídico (cultura, sociológico, antropológico, ético, metafísico, religioso).

O dever-ser jurídico<sup>61</sup>, isto é, a cópula que, na proposição jurídica<sup>62</sup>, liga pressuposto e consequência abrange três significações: a de um ser-prescrito, a de um ser competente (ser-autorizado) e a de um ser — positivamente — permitido das consequências (KELSEN, 1998, p. 97).

O dever-ser jurídico em Kelsen não se origina de qualquer fato social, histórico, antes tem suas raízes no próprio Direito que lhe da validade. Com bem consignou Almeida e Bittar, "para o positivismo kelseniano, a norma jurídica é o alfa e o ômega do sistema normativo, ou seja, o princípio e o fim de todo o sistema" (BITTAR; ALMEIDA, 2011, p. 390).

Em outras palavras, o Positivismo jurídico procurou estudar o direito como fato, não como valor, vale dizer, estudar o direito real sem se perguntar se além desse existe também um direito ideal (Direito Natural), excluindo o direito ideal como critério de validade do direito real.

Quanto à matéria, bem assinalou Kelsen (1998, p. 243):

Uma doutrina consequente do Direito Natural distingue-se de uma teoria positivista pelo fato de aquela procurar o fundamento de validade do Direito Positivo, isto é, de uma ordem coercitiva globalmente eficaz, num Direito Natural diferente do Direito Positivo e, portanto, numa norma ou ordem normativa a que o Direito Positivo, quanto ao seu conteúdo, pode corresponder, mas também pode não corresponder; por tal forma que,

---

aplicada. Causa e efeito, estudadas pelas ciências naturais, comportam-se com regularidade, e, então, o que é causa provoca necessariamente o efeito respectivo (BITTAR; ALMEIDA, 2011, p. 390).

<sup>61</sup> A distinção entre ser e dever-ser é um dado imediato da nossa consciência, afirma Kelsen. E prossegue dizendo que ninguém pode negar que o enunciado: tal como é — ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático — se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser — como o qual descrevemos uma norma — e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja (KELSEN, 1998, p. 6).

<sup>62</sup> Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja. O ser o significado da cópula ou ligação dos elementos na lei natural resulta da circunstância de a ligação na proposição jurídica ser produzida através de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica — através de um ato de vontade, portanto, enquanto que a ligação de causa e efeito, que na lei natural se afirma, é independente de qualquer intervenção dessa espécie (KELSEN, 1998, p. 87).

quando não corresponda a esta norma ou ordem normativa, deve ser considerado como não válido.

Essa forma de pensar o direito contrapõe frontalmente ao jusnaturalismo anteriormente estudado, máxime por dois conceitos bem delineados em ambos os pensamentos: validade e valor do direito.

Bobbio (2006, p. 137) explica bem os conceitos de ambos:

A validade de uma norma jurídica indica a qualidade de tal norma segundo a qual existe na esfera do direito, ou, em outros termos, existe como norma jurídica. Dizer que uma norma jurídica é válida significa dizer que tal norma faz parte do ordenamento jurídico real, efetivamente existente numa dada sociedade.

O valor de uma norma jurídica indica a qualidade de tal norma, pela qual esta é conforme o direito ideal (entendida como síntese de todos os valores fundamentais nos quais o direito deve se inspirar); dizer que uma norma jurídica é válida ou justa significa dizer que esta corresponde ao direito ideal.

Desse binômio *juízo de fato/juízo de valor* delimitaram-se as fronteiras entre Ciência e Filosofia do direito. Renunciando a Ciência do direito ao estudo do juízo de valor lançou para a Filosofia do direito esse estudo que passou a investigar o fundamento e a justificação do direito diante da problemática valorativa.

Os positivistas não aceitam as definições filosóficas de problemática valorativa pelo fato de possuírem uma *estrutura teleológica* (escopo finalístico), já que historicamente o direito foi definido segundo essa perspectiva.

Com efeito, uma das mais tradicionais definições filosóficas é a que define o direito em função da justiça, tal como encontrada no pensamento de Aristóteles, que a propósito usava o termo *dikaion*, que significa propriamente "justo", para explicar o direito.

Em Santo Tomás de Aquino encontramos a definição de direito em função do bem comum. Outra não menos importante definição de direito foi dada por Kant para quem "o direito é o conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode entrar em acordo com o arbítrio do outro, segundo uma lei universal de liberdade".

Por sua vez, abandonando as concepções valorativas do direito, o Positivismo adota uma definição do direito estritamente fatural, como juízo de fato e não juízo de valor. Quando se trata de avançar em direção à compreensão do tema justiça em Kelsen, devemos primeiramente compreender a relação mantida entre as normas jurídicas (objeto de estudo do Direito) e as normas morais (objeto de estudo da Ética) (BITTAR; ALMEIDA, 2011, p. 396).

Assim, para Kelsen, o pensar no Direito não significar pensar ético, ou seja, as normas jurídicas são estudadas pela Ciência do Direito, deixando para o estudo da Ética a justiça das normas. Discutir sobre Justiça não é discutir sobre Direito, e vice-versa<sup>63</sup>.

Nesses termos, validade e justiça de uma norma jurídica são juízos de valores diversos, estando em lugares distintos sem comunicação. Conclui-se que uma norma pode ser válida e justa; válida e injusta; inválida e justa; e inválida e injusta.

Um dos primeiros pensadores dessa definição neutra do Direito é Marsílio de Pádua, pensador medieval citado por Bobbio (2011, p. 140), que destingue os vários significados do termo "lei":

A lei pode [...] ser considerada de dois modos. No primeiro, pode ser considerada em si, enquanto mostra somente o que é justo ou o que é injusto, vantajoso ou nocivo... Pode-se, em seguida, considerar a lei ainda de um outro modo, segundo o qual pela sua observância é dado um preceito coativo ligado a uma punição ou a uma recompensa serem atribuídas neste mundo, ou segundo seja derivada de um tal preceito; é somente quando é considerada deste último modo é chamada de "lei" e o é propriamente.

Nesse mesmo compasso, o Positivismo jurídico introduziu um único elemento de validade do direito: a produção de normas emanadas pelo soberano, não introduzindo nesta definição do Direito o requisito *eficácia*.

Aliás quanto ao requisito *eficácia*, bem lembrou Bobbio (2011, p. 142) que uma corrente jurídica contemporânea (surgida no início do século passado), ramificada no Positivismo, chamada Escola realista do direito, sustenta que o direito é o conjunto de regras que são efetivamente seguidas em uma determinada sociedade.

Nisso se distancia dos juspositivistas, que enfocam o direito pelo ângulo visual do *dever ser*, considerando assim o direito como uma realidade normativa; os realistas enfocam o direito do ângulo visual do *ser*, considerando assim o direito como uma realidade fatural.

Percebe-se que essa diversidade de pensamento se limita, em última análise, no modo de individualizar a fonte do direito, ou seja, residindo tão somente na problemática de como se deve considerar o direito: sob o ponto de vista da validade (do dever ser) ou da eficácia (do ser).

---

<sup>63</sup> Justiça e injustiça nada têm a ver com a validade de determinado Direito Positivo; é essa a nota distintiva entre Direito e Ética. A validade de uma ordem jurídica não vem contrariada pelo simples fato de que o Direito se tenha construído contra a *mora*. O que é válido prepondera sobre o que é justo, pois o que é válido está de acordo com os modos de existência normativa de dado ordenamento jurídico; o que é justo, por sua vez, está no plano das especulações, dos valores. E aceitar que o justo prepondera com relação ao válido é trocar o *certum* pelo *dubium*. O que pode determinar o princípio de validade de todo um ordenamento é a sua norma fundamental, pressuposto lógico-técnico do sistema, e não qualquer norma de justiça.

De qualquer forma a definição do Positivismo (em sentido estrito) e a do Realismo jurídico comungam do mesmo pensamento anti-ideológico do direito, em total contraposição ao jusnaturalismo.

É que ambas procuram estabelecer o que é direito abandonando uma concepção substancial ou material, ou seja, sem defini-lo a partir do seu conteúdo, da matéria a ser regulada, posto que, por regular comportamentos em uma sociedade plúrima (Estado Liberal, Estado Social, relações internacionais, ordenamentos canônicos), os ordenamentos podem ser diversos e dos mais variados conteúdos.

Nesse particular, vem a lição de Kelsen ministrar que, assim como a lei natural é uma afirmação ou enunciado descritivo da natureza, e não o objeto a descrever, assim também a lei jurídica é um enunciado ou afirmação descritiva do Direito, a saber, da proposição jurídica formulada pela Ciência do Direito, e não o objeto que a descreve, isto é, o Direito à norma jurídica (KELSEN, 1998, p. 90).

Assim, serve-se de uma concepção estritamente formal para definir o Direito, também chamada de "formalismo jurídico", haja vista que define o direito exclusivamente em função da sua estrutura formal — dispensando uma leitura substancial — pois considera somente como o direito se produz e não o que ele estabelece.

Bobbio (2006, p. 146) foi preciso ao identificar duas principais acepções de formalismo empregadas na linguagem jurídica: o formalismo científico e o formalismo ético - que terão pontos de identificação com a doutrina do Positivismo jurídico:

a) Entende-se por *formalismo científico* a concepção da ciência jurídica que a releva predominantemente à interpretação *lógico-sistemática*, de preferência à *teleológica*. Segundo a concepção formalista da interpretação (característica, como já vimos, da escola de exegese), as concretas *regulae decidendi* são extraídas da norma legislativa, desconsiderando a finalidade perseguida por esta, o conflito de interesses que se deve dirimir e, assim por diante, mas essencialmente com base em uma operação de caráter lógico.

b) Entende-se por *formalismo ético* a concepção própria do Positivismo jurídico como *Weltanschauung*, segundo a qual a ação justa consiste pura e simplesmente no cumprimento do dever imposto pela lei, qualquer que seja esta, qualquer que se seja seu conteúdo (nesse sentido, fala-se também da concepção legalista da moral).

Se a norma jurídica encontra posição nuclear no pensamento positivista, o conceito-chave, e de maior importância de sua teoria, é o conceito de validade. Ser válida não significa o mesmo que ser verdadeira ou falsa, mas estar de acordo com os procedimentos formais de

criação normativa previstos por determinado ordenamento jurídico (BITTAR; ALMEIDA, 2011, p. 391).

Outra característica do Positivismo é a possibilidade de definir o direito em **função da coação**. Hobbes já tentou teorizar essa concepção já no século XVII, todavia a tradição nos remete a Christian Thomasius, não obstante ser um pensador mais expoente do jusnaturalismo, através de uma obra intitulada "*Fundamenta juris naturae et gentium*", de 1705, onde expõe uma teoria clássica da coação.

Esse pensador não se limitou a definir como normas jurídicas somente as normas coercitivas, antes procurou estabelecer a que tipos de ação as normas jurídicas devem se referir, excluindo do campo do direito todas as normas relativas à vida interior do homem (de conteúdo moral).

Thomasius traz uma tripartição para distinguir todas as regras de conduta humana: *honestum*, *justum* e *decorum*. O direito se identifica somente nas normas pertencentes à esfera do *justum*, enquanto o *honestum* e o *decorum*<sup>64</sup> refere-se a ações que o homem realiza para cumprir um dever para consigo mesmo. O que distingue o direito (*justum*) das outras duas categorias de normas (*honestum* e *decorum*) é que só o direito pode se fazer valer mediante a força.

Mesmo para Kant (2010, p. 55), a coação é um elemento característico e essencial do Direito, afirmando que:

A resistência que é oposta àquilo que impede um efeito serve como auxiliar desse efeito e se combina com esse.

Tudo aquilo que é injusto é um impedimento à liberdade, enquanto esta é submetida a leis universais, e a própria resistência é um obstáculo que se faz à liberdade.

Por conseguinte, quando um certo uso da própria liberdade é impedimento à liberdade, segundo leis universais (quer dizer, é injusto), então a resistência oposta a tal uso, na medida em que serve para impedir um obstáculo feito à liberdade, coincide com a própria liberdade segundo as leis universais, o que é justo. Daí que ao direito se une, de acordo com o princípio da contradição, a faculdade de obrigar quem o ofende.

Em outras palavras, para Kant, um direito estrito pode também ser representado como a possibilidade de um uso inteiramente recíproco de coerção que é compatível com a liberdade de todos de acordo com leis universais.

---

<sup>64</sup> Para Thomasius, a função do *honestum* é evitar os vícios e favorecer a perfeição pessoal. Funda-se na máxima: faz para si mesmo o que queres que os outros façam para si mesmo. O *decorum* visa assegurar aquilo que hoje chamamos de solidariedade humana e social, sendo uma categoria intermediária entre o *justum* e o *honestum*. Traduz-se isso na expressão: *Não faz aos outros o que não queres que os outros façam a ti*.

E acrescenta:

[...] se meu ato ilícito representa um abuso da minha liberdade, com o qual eu invado a esfera da liberdade do outro; com o propósito de reconstruir em favor do outro a sua esfera de liberdade por mim injustamente invadida, o único remédio é usar a coerção, de modo a fazer-me desistir do meu abuso.

Diria Bobbio (2006, p. 152) que o significado dessa preposição kantiana é que a coação é uma não-liberdade (devida ao Estado), que repele *minha* não-liberdade. Esta é, portanto, uma negação da negação e, em consequência, uma afirmação (e precisamente é a reafirmação da liberdade do terceiro lesado pelo *meu* ilícito).

A doutrina da natureza coercitiva do direito ganha outras vozes no século XIX, notadamente por Rudolf Von Jhering. Para Jhering, a coação define o mundo do Direito e adquire existência pelo Estado. Direito, coação e Estado são, portanto, três elementos indissolivelmente ligados.

Percebe-se que, para esse autor, o Estado é tido como uma organização definitiva de uso do poder para as finalidades humanas<sup>65</sup>, o Estado como organização social detentora do poder coativo.

Essa teoria clássica ou tradicional<sup>66</sup> da coação, em que coação é o meio para se fazer valer as normas jurídicas, ganhou novos contornos. Modernamente se estabeleceu uma teoria em que a coação é o objeto das normas jurídicas, isto é, o direito é um conjunto de normas que regulam o uso da força coativa.

Bem observou Bobbio (2006, p. 158) que, segundo a moderna formulação da teoria da coação, o Direito é, por conseguinte, um conjunto de regras que têm por objeto a regulamentação do exercício da força em uma sociedade. Para tanto, o autor aprofundou sua lição fazendo uma análise na passagem do estado de natureza ao estado civil:

O estado de natureza é caracterizado pelo uso indiscriminado da força individual. Cada um usa o próprio arbítrio de sua força, sem que tal comportamento possa jamais ser qualificado como ilícito (Hobbes falava neste sentido em um *bellum omnium contra omnes*). O direito surge quando cessa este exercício indiscriminado da força individual e se estabelecem as modalidades de exercício da força, com referência a quatro pontos fundamentais: *quem, quando, como e quanto*:

a) O direito estabelece antes de mais nada *quem* deve usar a força;

<sup>65</sup> Aliás, Jhering elencou quatro categorias fundamentais de ações humanas: a) o *ganho* e a *coação* que caracterizam, respectivamente, a esfera do econômico e a esfera do jurídico; b) sentimento do *dever* e o *amor* que caracterizam as esferas das atividades éticas (BOBBIO, 2006, p. 153).

<sup>66</sup> A propósito, para a teoria clássica ou tradicional, a coação é o meio mediante o qual se faz valer as normas jurídicas, ou, em outras palavras, o Direito é um conjunto de normas que se fazem valer coativamente.

- b) O direito estabelece, em segundo lugar, *quando* o grupo monopolizador pode usar a força;
- c) Em terceiro lugar, o direito estabelece *como* a força deve ser exercida;
- d) E, enfim, o direito regula também a *quantidade* da força.

Para Kelsen (1998, p. 37), dizer que o Direito é uma ordem coativa significa que as suas normas estatuem atos de coação atribuíveis à comunidade jurídica. E acrescenta que:

Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento *coação*, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e — em caso de resistência — mediante o emprego da força física, é o critério decisivo.

Outra característica do Positivismo é a problemática das **fontes do direito**, ou seja, a lei como única fonte de qualificação do direito. Esse tema ganha importância porque diz respeito à própria validade das normas jurídicas. Somente é válida se for produzida por uma fonte chancelada pelo próprio ordenamento jurídico.

É que a doutrina juspositivista tem como primado a prevalência de uma determinada fonte de direito sobre todas as outras, pressupondo a existência de ordenamentos jurídicos complexos e hierarquizados.<sup>67</sup>

Nesses, a fonte que se encontra no plano hierárquico mais alto é a lei, visto que ela é a manifestação do poder soberano do Estado. Outras fontes produtoras de normas são tão somente fontes subordinadas.

Bobbio (2006, p. 164) esclarece que essa relação de subordinação se explica ou com base em um processo de reconhecimento (ou recepção) ou com base em um processo de delegação, onde se fala de fontes reconhecidas ou de fontes delegadas. E ministra:

- a) fala-se de reconhecimento ou recepção quanto existe um fato social precedente ao Estado ou, de qualquer maneira, independente deste, que produz regras de conduta a que o Estado reconhece<sup>68</sup> (isto é, atribui) *a posteriori* o caráter de juridicidade ou, em outros termos, que o Estado

<sup>67</sup> Chama-se de *ordenamento jurídico simples* aquele no qual existe uma única fonte de direito e *complexo* aquele no qual existem várias fontes. Historicamente os ordenamentos jurídicos são complexos. Hierarquizados são os ordenamentos jurídicos estruturados, em que as fontes não são colocadas no mesmo plano. Paritários são aqueles colocados no mesmo plano.

<sup>68</sup> Bobbio lembra que um exemplo quase não discutido de fonte reconhecida é representado pelo costume, apesar de haver vozes dissonantes.

*recepiona* (isto é, acolhe em bloco) no próprio ordenamento sem ter contribuído para a formação do seu conteúdo.

b) Fala-se, ao contrário, de delegação<sup>69</sup> quando o Estado atribui a um órgão diverso daquele portador da soberania, ou mesmo a uma instituição social não pertinente à organização do Estado, o poder de estabelecer normas jurídicas para certas matérias e dentro de certos limites estabelecidos pelo próprio Estado. Este poder se diz delegado precisamente porque não pertence originalmente à instituição que o exerce, mas ao Estado.

Percebe-se que, no processo de formação histórica do Estado moderno, a única fonte de produção legislativa é a lei. A própria história se encarrega de justificar isso. Considerando a relação hierárquica entre a lei e o costume, encontramos diferentes situações ao longo da história. Em determinado momento, *costume* é superior à *lei*; em outro, o *costume* e a *lei* são dispostos no mesmo grau paritário e em outro ainda, *costume* tem graduação inferior à *lei*.

Sobre o costume prevalecer à lei, cabe lembrar o ordenamento jurídico inglês da *common law* antes da consolidação da monarquia parlamentar. Na Idade Média, havia uma divisão clara na doutrina canônica sobre a qualificação dos *costumes*.

A doutrina romano-canônica e a doutrina moderna negam seu caráter de fonte de qualificação jurídica, posto que situam o fundamento de validade das normas consuetudinárias em uma fonte diferente do próprio *costume*. Todavia, a doutrina da Escola histórica, a seu turno, tem entendimento contrário.

Para essa Escola, o costume tem caráter jurídico independentemente do legislador, posto que sua validade se funda na convicção jurídica popular do que é justo. Não obstante, essa doutrina não recebeu acolhimento, prevalecendo nítida inclinação em negar ao *costume* seu caráter como fonte autônoma do direito, tal como foi formado o Estado moderno, notadamente na França e na Itália.

De igual forma quanto à equidade, pois pela formação do Estado moderno, tal como acontece com os costumes, o juiz tem de submeter aos ditames da lei para produção judicial, tal como proposto pela teoria da tripartição de poderes de Montesquieu. Sem prejuízo, isso não exclui a possibilidade da aplicação do juízo de equidade, posto que não aplica normas jurídicas positivas, mas há uma decisão segundo a consciência ou com base nos princípios de justiça.

---

<sup>69</sup> Exemplo de fonte delegada são os *regulamentos*, ou seja, normas jurídicas emanadas do poder executivo para detalhar normas contidas em uma lei, com base na autorização do próprio Poder Legislativo.

Ao aplicar o juízo de equidade, o julgador não usurpa a função legislativa de produção jurídica principal, mas tão somente como fonte subordinada, autorizada pelo compêndio legal.

Outra forma de definir o Positivismo é olhar para a estrutura de um comando e definir uma concepção da **norma jurídica com comando**. É o que se chama de teoria imperativista da norma jurídica estritamente ligada à concepção legalista-estatal, o direito, ou seja, considera-se o Estado como única fonte do direito e determina a lei como única expressão do poder normativo do Estado.

A teoria imperativista do direito não surgiu com o Positivismo, já estava presente em algumas culturas jurídicas precedentes. Na cultura medieval, notadamente em São Tomás de Aquino, encontramos uma distinção entre comando (*praeceptum*) e conselho (*consilium*). Para São Tomás, o comandar é próprio da lei, enquanto que o conselho deixa ao destinatário uma liberdade de escolha.

Em Hobbes, já no pós-medieval, a distinção entre comando e conselho serve para diferenciar a natureza das prescrições do Estado da das prescrições da Igreja, ou seja, o Estado emite comando, deixando para a Igreja proferir conselho. Essa construção teórica foi precisa para justificar a subordinação da Igreja ao Estado.

Em Thomasius, os conceitos são utilizados para distinguir o Direito Positivo do Natural. Com efeito, o primeiro emite comandos imperativos, enquanto o segundo, regras de justiça natural.

Kant formulou, na Fundamentação à Metafísica dos Costumes, uma distinção entre imperativos morais (que são imperativos categóricos) de todos os outros imperativos (que são imperativos hipotéticos). Imperativos são, para Kant, como fórmula de mandado, ou seja, é o próprio mandamento expresso em linguagem ou como forma de uma função conativa.

No pensamento kantiano, há uma classificação de imperativos segundo o grau de "coação" que cada um pode exercer na consciência do ser humano. Salgado (1986, p. 213) bem ministrou:

[...] o imperativo técnico é o princípio da destreza, na medida em que define a ação (ou o bem) como útil ou adequado a determinado ordenamento fim (por isso se chama hipotético), que alguém pode querer (problemático). O imperativo pragmático é o princípio da prudência que define a ação (ou bem enquanto *meu* bem) como o que é útil à *minha* felicidade (hipotético) e que é naturalmente desejado por todos (por isso, assestório). O imperativo da moralidade define o bem moral considerado em si mesmo ou a ação humana enquanto boa em si mesma (por isso é categórico) - e não apenas boa para

algum fim externo a ela - e que deve ser querida por todo ser racional (apodítico).

Bem asseverou Bobbio (2006, p. 195) que, por essa teoria do imperativismo jurídico, ocorreu uma evolução na qual se pode distinguir duas fases, qualificáveis respectivamente como *imperativismo ingênuo e imperativismo crítico*. Ministrou o referido autor:

1) O *imperativismo ingênuo* (que vai de Hobbes a Austin e ao qual pertence o próprio Thon) considera o direito como um conjunto de comando dirigidos pelo soberano aos cidadãos, sem analisar ulteriormente a estrutura do imperativo jurídico.

2) O *imperativismo crítico* (que tem como um dos seus maiores expoentes em Kelsen), precisa os caracteres do imperativo jurídico sob dois aspectos  
a) norma jurídica é um imperativo hipotético;  
b) a norma jurídica é um imperativo que se dirige não aos cidadãos, mas aos juízes.

Importante também dar especial importância à teoria do ordenamento jurídico como contribuição do Positivismo jurídico à teoria geral do direito, haja vista que, antes do Positivismo, não se falava em ordenamento jurídico tal como entendemos hodiernamente, mas tão somente em um conjunto emaranhado de leis representadas nas expressões *jus, justum e lex*.

A teoria do ordenamento jurídico surge no fim do século XVIII e início do século XIX, justificado pela exigência de estabelecer uma visão unitária e coerente ao conjunto de normas jurídicas fragmentárias.

A teoria do ordenamento jurídico contribuiu sobremaneira para a Ciência do Direito, pois trouxe caracteres fundamentais para a construção metodológica do Direito, notadamente atribuindo atributos necessários ao conjunto de normas jurídicas: a unidade, a coerência e a completitude.

Sabe-se que a unidade não é atributo exclusivo do Positivismo. Mesmo entre os jusnaturalistas havia um consenso da necessidade de um ordenamento unitário, tanto que as codificações nascem das ideologias jusnaturalistas.

A contribuição juspositivista está assentada no modo de conceber a unidade do direito. Enquanto para o jusnaturalista se trata de unidade substancial ou material (conteúdo das normas), para os positivistas há uma abordagem eminentemente formal, relativo ao modo pelo qual as normas são postas.

Kelsen irá estabelecer essa diferença no dualismo: ordenamento estático e ordenamento dinâmico. Segue o ensinamento do mestre:

As normas reguladoras da conduta humana ou a conduta humana regulada pelas normas, conforme o conhecimento é dirigido a normas jurídicas produzidas, a aplicar ou a observar por atos de conduta humana ou aos atos de produção, aplicação ou observância determinados por normas jurídicas, podemos distinguir uma teoria estática e uma teoria dinâmica do Direito. A primeira tem por objeto o Direito como um sistema de normas em vigor, o Direito no seu momento estático; outra tem por objeto o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, o Direito no seu movimento (KELSEN, 1998, p. 79).

Extrai-se da lição de Kelsen, que o ordenamento estático tem pertinência na moral e no direito concebido pelos jusnaturalistas, enquanto o ordenamento dinâmico é o próprio direito concebido pela teoria positivista.

Sobre o tema, Bobbio observa que, para os jusnaturalistas, o direito constitui um sistema, posto que todas as normas podem ser deduzidas por um procedimento lógico uma da outra até que se chegue a uma norma totalmente geral, que é a base de todo o sistema e que constitui um postulado moral autoevidente. E exemplifica o autor:

[...] a norma que proíbe o furto, se eu pergunto a um jusnaturalista por que não deve furtar, ele me responde demonstrando que tal norma está implícita naquela mais geral *neminem laedere*; e se eu insisto em indagar porque devo *neminem laedere*, ele me responderá demonstrando-me que tal preceito deriva, diretamente ou através de uma outra norma, de um postulado moral auto-evidente. Já segundo os juspositivistas, ao contrário, o direito constitui uma unidade num outro sentido: não porque as suas normas possam ser deduzidas logicamente uma da outra, mas porque elas todas são postas (direta ou indiretamente, isto é, mediante delegação a autoridade subordinadas pela mesma autoridade, podendo assim todas serem reconduzidas à mesma fonte originária constituída pelo poder legitimado para criar o direito. Assim, se pergunto a um juspositivista por que não devo roubar, ele me responde que não devo porque assim estabeleceu o juiz ou costume ou o legislador (segundo se trate de um ordenamento judiciário, consuetudinário ou legislativo); e se insisto e pergunto por que devo obedecer ao que estabelece o juiz ou o costume etc., ele me responde que devo porque assim estabeleceu o poder supremo (BOBBIO, 2006, p. 199).

A norma que representa o fundamento de validade de outra norma é tida por norma superior. Estabelecendo esse processo de regressão, não seria possível terminar, já que estaríamos sempre diante de uma norma que seria fundamento de validade de outra. Assim, em termos hipotéticos, deve-se terminar em uma norma que se pressupõe ser o último

fundamento de validade de todas as outras. Essa norma, portanto, não é posta pelo ordenamento jurídico, e sim pressuposta, chamada por Kelsen de *norma fundamental*.

É que o conjunto de norma forma a ordem jurídica, assim entendido um conjunto hierárquico de normas legais. E toda ordem jurídica requer, para sua validade, um regresso *ad infinitum* por meio das normas, até a norma fundamental que é pressuposta (e não posta, positivada).

Na lição de Bittar e Almeida (2011, p. 392), inexistente a norma fundamental, devem-se aceitar pressupostos metafísicos para a fundamentação da ordem jurídica (Deus, ordem universal, contrato social, Direito Natural). Trata-se de uma ficção de pensamento, na busca de determinar um começo e um fim.

Assim ministra Kelsen (1998, p. 217):

A norma fundamental é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.

Em outras palavras, uma norma fundamental é norma que fundamenta a validade de todas as normas de um sistema jurídico, salvo a sua própria. Esta norma não é posta por um outro poder superior qualquer, mas sim suposta pelo jurista para poder compreender o ordenamento, ou seja, refere-se a um pressuposto lógico da norma derivada (norma posta). Dessa forma, chega-se ao ordenamento jurídico: o direito como paradigma de validade do próprio direito.

Para Kelsen, uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, mas porque foi criada de determinada forma, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito.

E segue ministrando Kelsen (1998, p. 221), acerca da validade da norma:

A validade desta (norma jurídica) não pode ser negada pelo fato de o seu conteúdo contrariar o de uma outra norma que não pertença à ordem jurídica cuja norma fundamental é o fundamento de validade da norma em questão. A norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material que, por o seu conteúdo ser havido como imediatamente vidente, seja pressuposta como a norma mais elevada da qual possam ser deduzidas - como o particular do geral - normas de conduta humana através de uma operação lógica.

O jusnaturalista, em especial Kant, não usa a expressão *norma fundamental*, não obstante esta parece estar presente no seu pensamento. Isso será melhor explorado, neste estudo, mais adiante, entretanto se pode afirmar de pronto que essa teoria foi submetida a várias críticas. A pergunta é simples: *no que se funda a norma fundamental?*

No positivismo, a **função interpretativa** da jurisprudência ganha um novo contorno em relação a correntes diversas, notadamente quanto à natureza cognoscitiva da jurisprudência, ou seja, a importância da jurisprudência para o conhecimento do Direito.

Tradicionalmente o direito se exterioriza em dois momentos distintos: o momento ativo ou criativo (dado pela atividade legislativa) e o momento teórico ou cognoscitivo (proveniente da aplicação das leis com a formação da jurisprudência). É justamente nesse segundo momento que há uma dissonância do juspositivismo com as escolas clássicas.

Para o Positivismo, a atividade jurisprudencial é puramente declarativa de um direito preexistente, ou seja, de cunho estritamente passivo, posto que apenas reproduz um direito prévio. Já para os críticos do Positivismo, a atividade jurisprudencial tem natureza cognitiva, ou melhor, criativa ou produtiva de um novo direito, caracterizado no conhecimento ativo de um objeto que o próprio sujeito cognoscente contribui para produzir.

Em outras palavras, o Positivismo considera a tarefa da jurisprudência de cunho estritamente passivo, da não criação mas tão somente de interpretação do direito posto. O grande problema está em estabelecer o que seja interpretar.

Sabe-se que a interpretação é uma atividade complexa e metodológica, podendo ser concebida em diversos modos. É um conceito referencial por definição em que se interpreta algo em referência a um paradigma. Assim, baseia-se em signos e o significado do próprio signo segundo um método interpretativo.

No campo jurídico não é diferente. Pode-se, portanto, estabelecer uma interpretação segundo a letra da lei (textual) ou mesmo segundo o espírito que animou a produção da lei. Nisso reside a marca do Positivismo, pois essa teoria coloca um limite intransponível à atividade interpretativa, somente admitindo a textual ou extratextual (somente para integrar a lei), todavia não admite colocar a vontade do legislador no momento de produção da lei.

Opera-se, dentro do método hermenêutico, por quatro expedientes interpretativos para extrair da norma seu real significado: interpretação gramatical (texto da lei); interpretação teleológica (lógica com base nos motivos e finalidade da norma); interpretação sistemática (olhar para o ordenamento como um sistema unitário e coerente) e interpretação histórica (utilização de dados históricos na produção da norma).

Já os meios de interpretação extratextual estão limitados ao processo integrativo através do recurso da analogia, falando-se, portanto, em interpretação integrativa do Direito, suprimindo as lacunas existentes (formulação incompleta da vontade do legislador).

Esse foi ponto inovador do Positivismo; o que diferencia a integração analógica no Positivismo com outros pensamentos está no fato de a analogia ser vontade presumida do legislador. Como diz Bobbio, ao estender, em via analógica, uma certa norma a um caso por esta não previsto, o intérprete (segundo o Positivismo jurídico) aplica ainda a vontade do legislador, visto que este não previu tal caso; mas se o tivesse previsto, tê-lo-ia regulado de tal modo (BOBBIO, 2006, p. 219).

Dessa maneira, percebe-se que a vontade expressa do legislador refere-se à interpretação em sentido estreito, enquanto a vontade presumida do legislador indica um caso de integração. Em ambos haverá sempre a vontade do legislador.

Estabelecendo um balanço analítico do Positivismo, chegamos a uma indagação: o Positivismo é uma *teoria* ou *ideologia*? Entendem-se, por teoria, as formulações, conceitos e formas de conhecimento extraídas de juízo de fato, tendo por escopo tão somente informar sobre uma realidade. A ideologia, por sua vez, tende a uma investigação valorativa, vale dizer, é uma expressão de juízos de valores que têm a finalidade de influírem sobre a realidade fática.

O pensamento central do Positivismo estava fulcrado em assumir um comportamento estritamente teórico do direito, procurando conhecê-lo como é, um conceito de teoria, e não como deveria ser (conceito de ideologia).

A crítica que se faz do Positivismo é que esse pensamento não consegue alcançar a neutralidade a que se propôs. Não conseguiu limitar-se a uma teoria simplesmente, passando em determinados momentos para uma autêntica *ideologia*.

Essa ideologia é marcante na concepção do Estado para os positivistas. O Estado, diriam eles, não tem um puro valor técnico, não é um simples instrumento de realização dos fins dos indivíduos, antes tem um valor ético manifestado no seu dever histórico (percepção ideológica).

É justamente nessa distinção entre teoria e ideologia que residem as mais sérias críticas ao Positivismo, quer vinda da corrente realista (ou jurisprudência sociológica), quer da ressuscitada corrente jusnaturalista moderna.

Não foi por outro motivo que Bobbio (2006, p. 225) fez esta análise:

Os críticos do positivismo jurídico vêm de duas "praias" diferentes e se dirigem a dois aspectos diversos: de um lado a corrente do realismo jurídico critica os seus aspectos teóricos, afirmando que não representam adequadamente a realidade efetiva do direito; de outro lado a renascida (ou melhor, dizendo, revigorada) corrente do jusnaturalismo critica os aspectos ideológico do positivismo, destacando as consequências práticas funestas que deles derivam.

Tanto assim que o pensamento positivista foi considerado um dos fundamentos para a proliferação de Estados totalitários do século XX, bem como justificativa para a prática dos horrores do nazismo.

As críticas têm seu fundamento lógico, porque o pensamento positivista está fundado no dever incondicional de obedecer à lei enquanto tal. Esse pensamento não se insere no plano do conhecimento que define o direito como tal (teoria do direito), mas num plano ético do direito, posto que representa como ele dever ser (ideologia do direito).

Não se negam as conquistas necessárias e úteis do Positivismo, notadamente em estabelecer a formação do Estado moderno fundado na obediência às leis como fonte primária do direito. Ocorre que, para a corrente positivista, a obediência incondicional à lei não é apenas uma obrigação jurídica, mas também uma obrigação moral.

Em outros termos, o homem deve obedecer à lei não por motivos externos, mas por motivos internos de convicção ideológica. É assim entendido como o dever de consciência de obedecer às leis.

Essa forma de pensar o direito, justificando os motivos internos de obediência, sempre foi alternada na história do direito a depender do momento histórico e político da humanidade. Em última instância, a pergunta chave é: "o que é justiça?".

Entre os sofistas, a Justiça é a expressão da vontade do mais forte, que procura o seu próprio proveito. No pensamento de Aristóteles, a lei não tem nenhuma força para ser obedecida, a não ser pelo costume, e este não se forma com o transcurso de longo tempo, pelo qual a facilidade para mudar as leis existentes por outras novas é debilitar-se o poder da lei.

Já no pensamento de Santo Agostinho, a lei humana deve regular o comportamento entre os seres humanos, porém deve obediência à lei natural que corresponde à moralidade registrada na alma humana, ou seja, a lei humana encontra seu critério de validade na lei natural que provém do coração de Deus. Esta é a concepção sagrada da autoridade.

Para Hobbes não existe um critério objetivo para distinguir o justo do injusto, pois o homem sai do estado de natureza através de um acordo, ou melhor, precisamente atribuir a um indivíduo (soberano) o poder de estabelecer o que justo e o que é injusto. *Justo* é o que o

soberano comanda; *injusto* é o que ele proíbe. O limite da obediência está em quando se nega a validade do contrato social, ou seja, quando as leis positivas se voltam contra o conteúdo do contrato social.

Em Kant, o Direito Positivo tem fundamento de validade último não em si mesmo ou no arbítrio do legislador, mas na razão ou, em última palavra, na liberdade, o único Direito Natural.

Tem-se, portanto, que dentro de uma perspectiva histórica, há diferentes justificativas para a obediência à lei. Essas justificativas são de ordem interna, vale dizer, referem-se ao campo da moral. O homem deve obedecer às leis não só por motivos internos, porque é constrangido a obedecer, mas porque está convencido de que tal obediência é uma coisa intrinsecamente boa: obediência não por constrição, mas por convicção.

Em outras palavras, no pensamento tradicional, havia o dever de obedecer às leis enquanto justas; já no Positivismo há um dever de obedecer às leis enquanto tais.

Nesse particular, ministrou Bobbio (2006, p. 227):

[...] na definição dada pelo positivismo jurídico não está compreendido o requisito da justiça, mas somente o de validade. Ou, se se prefere (e tendo sempre presente que estamos falando das posições extremistas do juspositivismo), poderíamos dizer que este considera a lei justa pelo único fato de ser válida; o jusnaturalismo e o positivismo extremista (isto é, o positivismo ético) identificam ambas as noções de validade e de justiça da lei; mas, enquanto o primeiro deduz a validade de uma lei da sua justiça, o segundo deduz a justiça de uma lei da sua validade.

Mas a História nos mostra que há duas versões do Positivismo ético: uma mais moderada e outra mais extremada. A estudada acima pode-se dizer que pertence à ala mais extremada da positividade, haja vista que o direito tem um valor enquanto tal, independentemente de seu conteúdo: um valor final.

Para os moderados, o Positivismo ético abraça um valor instrumental, o direito é um meio que serve para realizar um determinado bem: a ordem da sociedade. Se for desejado tal bem, deve-se obedecer ao direito.

Em última análise, para Bobbio (2006, p. 233-235), há três aspectos fundamentais do Positivismo jurídico distintos, ou, em outros termos, em três planos diversos a ser estudado com acepções distintas uma da outra: a) como método para o estudo do direito; b) como teoria do direito; e c) como ideologia do direito.

E observa com propriedade que os críticos da teoria positivista adotam um aspecto ou outro para formular suas contrarrazões. E segue ministrando:

- a) Se se toma para exame o método positivista, a crítica se funda num juízo de conveniência. De fato, o método não é senão um meio para atingir um determinado fim e, portanto, se trata de avaliar se tal meio é idôneo para atingir o fim em questão, a saber, avaliar precisamente a conveniência do próprio meio.
- b) Se se toma para exame a teoria juspositivista, a crítica se baseia num juízo de verdade ou de falsidade, visto que a teoria quer descrever a realidade e a sua avaliação consiste em verificar se há correspondência entre teoria e realidade.
- c) Se se toma para exame a ideologia juspositivista, a crítica se funda num juízo de valor, pois a ideologia não se pode dizer que é verdadeira ou falsa, mas se deve dizer se é boa ou má (justa ou injusta, etc); e o modo mais eficaz de criticar uma ideologia consiste em demonstrar que ela dá lugar a uma realidade contrária aos valores comumente aceitos.

O Positivismo é marcado pelo excessivo emprego às leis postas, não havendo quase espaço para especulações abstratas e metafísicas sobre Direito Natural. Nesses termos, a ciência jurídica se converte definitivamente em ciência positivista resultando na principal, senão única, via de manifestação do direito.

Não se desconhece a grande contribuição que a teoria positivismo deu para o estudo do Direito enquanto ciência. E apesar da grandeza de seus pensadores e idealizadores, nota-se que nunca foi possível calar, na melhor expressão de Mendonça (2012, p. 61), aqueles que, em sentido contrário, proclamam a existência e a possibilidade do reconhecimento de um Direito imposto pela natureza.

## **2.4 A crise do Positivismo jurídico**

De tudo exposto, o debate jusnaturalista contemporâneo foi deixado à margem da pauta acadêmica, convertendo-se em um direito acessório e irrelevante. Bem asseverou o Professor Barroso quanto ao tema, observando a passagem do Direito Natural para o juspositivismo, fulcrado nos ideais constitucionalistas presentes desde a Revolução Francesa.

Assim ministrou o professor Barroso (2012):

O jusnaturalismo moderno, que começou a formar-se a partir do século XVI, dominou por largo período a filosofia do Direito. A crença no Direito Natural – isto é, na existência de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma emanada do Estado – foi um dos trunfos ideológicos da burguesia e o combustível das revoluções liberais. Ao longo do século XIX, com o advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais

constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação, o jusnaturalismo chega ao seu apogeu e, paradoxalmente, tem início a sua superação histórica. Considerado metafísico e anticientífico, o Direito Natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do final século XIX.

A organização do sistema do direito começou a surgir no século XVIII e XIX, já que não se pode ver as leis como um amontoado de leis, então foi necessário um critério de decidibilidade. E estas perguntas tomaram força: qual o critério seria utilizado? Havia a necessidade de propor um sistema, um critério científico? Isso somente vai surgir na modernidade.

Conforme delineado, essa passagem ocorreu porque os princípios são tidos como filosóficos fundadores dos ideais de justiça. Todavia, dentro dessa concepção, não possuíam aplicabilidade concreta. Na época das grandes discussões jusnaturalistas, os princípios deveriam ser entendidos como algo não aplicável no âmbito jurídico, sendo matéria reservada precipuamente ao Direito Natural, decorrentes de um valor ético, em razão da busca pelo senso de justiça.

A corrente jusnaturalista recebeu severas críticas em decorrência de sua abstratividade, sob o argumento de que gerava insegurança e incerteza perante a coletividade. O juspositivismo adveio da pretensão de se estabelecer bases científicas ao direito, elevando à categoria de ciência jurídica, divorciando do caráter metafísico estampado no Direito Natural.

Essa emancipação progressiva da humanidade e seu encaminhamento, lento, mas firme, para o bem-estar – o que se chamará de humanismo – estimulará todas as políticas democráticas na Europa, pelo menos até a Segunda Guerra Mundial.

Eis a importância de Kelsen, que fez um recorte epistemológico do Direito, partindo o estudo do Direito pela norma. E a teoria de Kelsen foi testada na Segunda Guerra Mundial.

Ocorre que o pensamento juspositivista, com fundamento no apego às leis postas e desprovidas da especulação filosófica, separou o direito da moral. Com o passar dos tempos, a positivação crônica do direito entrou em declínio pela reação aos regimes totalitários.

Para Arendt (1979, p. 10)

O fenômeno totalitário revelou que não existem limites às deformações da natureza humana e que a organização burocrática de massas, baseada no terror e na ideologia, criou novas formas de governo e dominação, cuja perversidade nem sequer tem grandeza![...]. Os padrões morais e as categorias políticas que compunham a continuidade história da tradição ocidental se tornaram inadequados.

As atrocidades praticadas na Segunda Guerra Mundial, sob a justificativa de se “cumprir a lei”<sup>70</sup>, trouxeram uma grande lição aos pensadores positivistas que defendiam a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos. Começa-se a repensar o direito com um conteúdo axiológico.

Leciona Gusmão (1985, p. 30-32) que “o retorno das filosofias jusnaturalistas no século XX ocorreu sob o influxo das contribuições do historicismo e sociologismo jurídico, antigos antagonistas do próprio jusnaturalismo”.<sup>71</sup>

Com efeito, pois a tese central positivista defende a separação entre *direito e moral*. Conforme exposto no presente trabalho, essa discussão remonta a dois mil anos sem, contudo, se estabelecer uma teoria fechada de conceito e validade do direito. A depender da conceituação do direito e sua validade, estabelece-se uma ideia de justiça.

Por outro lado, as vozes contrárias ao Positivismo comungam da ideia da vinculação entre direito e moral. É importante observar que, normalmente, o tema é estudado sob o aspecto temporal em que a norma moral precede a norma jurídica<sup>72</sup>.

Quanto ao tema, Bittar e Almeida fazem a seguinte afirmação (2011, p. 522):

O que há de se questionar é qual a relação mantida entre Direito e moral. E, nesse sentido, só se pode afirmar que o Direito se alimenta da moral, tem seu surgimento a partir da moral, e convive com a moral continuamente, enviando-lhe novos conceitos e normas, e recebendo novos conceitos e normas. A moral é, e deve ser sempre ser, o fim do Direito. Com isso, pode-se chegar à conclusão de que Direito sem moral, ou Direito contrário às aspirações morais de uma comunidade, é puro arbítrio, e não Direito.

Não é demais falar que os propulsores do Positivismo jurídico do século XX levaram essa doutrina às últimas consequências. Sob o rótulo de uma "teoria pura", justificaram as bases ideológicas do totalitarismo por diversos matizes.

---

<sup>70</sup> Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do Positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como um estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido (BARROSO, 2012).

<sup>71</sup> Ainda sobre o tema, Barroso afirma que “a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do Positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação”. É nesse sentido, o estudo na sequência, o direito como função promocional da pessoa humana.

<sup>72</sup> Nesse particular, Bittar e Almeida entram em rota de colisão com o pensamento kelseniano de não vinculação entre direito e moral, estabelecendo uma teoria pura do direito.

Embora vencidos, na sua maioria, os regimes totalitaristas, reinando em muito países o Positivismo democrático, a sociedade sofre com seus próprios desvios e não propriamente pelo fundamentalismo religioso ou por totalitarismos tardios.

A exigência no limiar de um novo século determina uma necessária aproximação entre Direito e Moral como forma de promoção de uma ideia de Justiça. É o que se estuda na sequência.

## CAPÍTULO 3 - DIREITO NATURAL CONTEMPORÂNEO

### 3.1 Direito e Moral em Alexy: uma necessária reaproximação

#### 3.1.1 Noções preliminares

Para o Positivismo, no conceito de direito resta tão somente a definição da legalidade e o da eficácia, não tendo vinculação alguma com a moral. Essa premissa fundamentou inúmeras variantes do Positivismo.

A ideia do Positivismo jurídico foi bem resumida no pensamento de Kelsen para quem "todo e qualquer conteúdo pode ser direito". Isso põe a moral apartada do conceito de direito, em outras palavras, o que o direito é depende, exclusivamente, do que é estabelecido (legalidade) e/ou eficaz (eficácia).

Kelsen, como representante do Positivismo jurídico orientado para a normatização, afirma que o critério decisivo para distinguir o Direito de outras ordens sociais é a coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e - em caso de resistência - mediante o emprego da força física, é o critério decisivo. (KELSEN, 1998, p. 37).

Nas diversas variantes do Positivismo, há uma evidente separação entre direito e moral<sup>73</sup> na formulação do resultado de suas argumentações. Todavia, para todos os positivistas, não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral (argumento analítico da não-vinculação).

Alguns positivistas usam do *argumento normativo* para demonstrar que a tese da separação conceitual entre direito e moral é necessária para que se alcance determinado objetivo ou para que se cumpra determinada norma.

Para Nalini (2012, p. 105), citando Hart, a tese segundo a qual entre Direito e moral existe uma conexão necessária, tem variantes importantes, nem todas muito claras, a mais nítida:

---

<sup>73</sup> Quando se defende a tese da separação (positivismo jurídico), é possível sustentar, pelo menos, duas versões diferentes da mesma tese: uma versão forte, a de que a Moral está necessariamente excluída do conceito de Direito; e uma versão fraca, a de que a Moral, apesar de não estar necessariamente excluída, não está conectada de forma conceitualmente necessária, sendo tal conexão uma questão contingente, a depender daquilo que vem enunciado no Direito Positivo (SOUSA, 2011, p. 299).

[...] é aquela ligada à tradição tomista do Direito Natural. Ela compreende uma tese dupla: em primeiro lugar, a de que existem certos princípios da verdade moral ou justiça, que podem ser descobertos pela razão humana sem o auxílio da revelação, ainda que sejam de origem divina; em segundo lugar, a de que as leis humanas que contrastam com esses princípios não constituem um Direito válido.

Nesse importante debate contemporâneo, a obra de Robert Alexy, *Conceito e Validade do Direito*, possui um relevo especial por fazer uma crítica acentuada ao Positivismo, trazendo ao debate a aproximação entre direito e moral.

Alexy identificou, com propriedade, que toda estrutura do pensamento positivista está assentada na ideia do conceito de direito. Esse autor vai separar as diversas variantes positivistas em dois grandes grupos: o dos conceitos de direito primariamente<sup>74</sup> orientados para a eficácia e o dos conceitos de direito primariamente orientados para a normatização.

Faz uma divisão acertada na perspectiva do observador e na perspectiva do participante. Enquanto a perspectiva do observador predomina nos conceitos de direito orientado para a eficácia, a perspectiva do partícipe é orientada para a normatização, especialmente a do juiz, que está em primeiro plano (ALEXY, 2011, p. 20).

No primeiro grupo (conceitos de direito primariamente orientados para a eficácia), estão as teorias sociológicas e realistas do direito, havendo uma distinção conforme se refiram ao aspecto externo ou interno<sup>75</sup> de uma norma ou de um sistema normativo, sem, contudo, desprezar uma eventual combinação.

De acordo com Alexy, existem, basicamente, três possibilidades para uma conexão entre Direito e Moral: a de que ela é conceitualmente impossível; a de que ela é apenas conceitualmente possível, ou seja, de que não é conceitualmente necessária; e a de que é *conceitualmente necessária*.

E justifica sua tese:

A afirmação de que uma conexão entre direito e moral não é conceitualmente impossível, está correta. Existem situações em que uma afirmação como "A norma N é estabelecida conforme o ordenamento e é socialmente eficaz, mas não é direito porque infringe princípios

<sup>74</sup> A adição "primariamente" tem por função tornar claro que, em regra, uma orientação representa apenas o ponto principal, o que significa que a outra não é totalmente excluída (ALEXY, 2011, p. 15).

<sup>75</sup> O aspecto externo de uma norma consiste na regularidade de sua observância e/ou sanção de sua não observância, linha principal das definições sociológicas de direito. Um ordenamento se chamará Direito quando for garantido pela possibilidade de coação, dirigida para a obtenção forçada de observância. O aspecto interno, a seu turno, consiste na motivação - independentemente de como ela é formada - de sua observância e/ou aplicação (ALEXY, 2011, p. 18-19). O Direito é tudo o que as pessoas reconhecem como norma e regra. Quanto aos conceitos de direito orientados para a normatização, residem, sobretudo, no âmbito da teoria analítica do direito que procura estabelecer uma análise lógica ou conceitual da prática jurídica.

fundamentais" não contém nenhuma contradição. Mas deveria conter se uma conexão entre direito e moral fosse conceitualmente impossível. Por outro lado, deve-se desconfiar da segunda parte dessa tese, ou seja, da afirmação de que não existe conexão conceitualmente necessária entre direito e moral. Na sequência, dever-se-á demonstrar que essa conexão existe. Em resumo: existem tanto conexões conceitualmente necessárias quanto conexões normativamente necessárias entre direito e moral (ALEXY, 2011, p. 27).

O que quer dizer Alexy é que se se demonstrar que existe uma conexão conceitualmente necessária (ou pelos menos ser impossível sustentar a inexistência de uma conexão conceitualmente necessária), tem-se a possibilidade de sustentar versões não-positivistas<sup>76</sup>, pois para tanto seria apenas necessário defender a tese de que essa conexão entre direito e moral é possível.

A tese afirma, primeiramente, que existe uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral e, em segundo lugar, que existem razões normativas para a inclusão de elementos morais no conceito de direito (ALEXY, 2011, p. 27).

Para Alexy, a conexão conceitualmente necessária entre o Direito e a Moral dá através do *argumento da correção*<sup>77</sup>, e reforça essa tese dispondo de um argumento que marca a *necessidade normativa*<sup>78</sup> da conexão entre Direito e Moral, o *argumento da injustiça*.

### 3.1.2 Conceito e Validade do Direito em Alexy

Respondendo a pergunta sobre qual conceito de direito é correto, Alexy (2011, p. 15) assim lecionou:

Quem pretende responder a essa pergunta deve relacionar três elementos: o da legalidade conforme o ordenamento, o da eficácia social e o da correção

<sup>76</sup> Dentro do não-positivismo, quem sustenta a tese da conexão pode defender, pelo menos, duas versões distintas: uma versão forte, a de que todo e qualquer texto legislativo injusto (imoral) é juridicamente inválido, dada a conexão conceitualmente necessária entre Direito e Moral; e uma versão fraca, a de que um texto legislativo injusto somente é juridicamente inválido quando ultrapassa um certo nível tolerável de injustiça (SOUZA, 2012, p. 299).

<sup>77</sup> Segundo Sousa (2011, p. 302), o argumento da necessidade conceitual para Alexy, refere-se “[...] a pretensão de correção é um elemento (conceitualmente) necessário do conceito de Direito”. Uma versão desse argumento pode ser formulada assim: o legislador, ao produzir um texto legislativo, pretende que esse texto seja correto (ou seja, justo), ainda que tal pretensão não implique necessariamente que esse texto tenha de expressar necessariamente um certo conteúdo. Isso é assim porque a pretensão de correção é um elemento constitutivo do conceito de “legislador”.

<sup>78</sup> E segue Sousa sobre o argumento da necessidade normativa: por mais que o texto legislativo não tenha de expressar necessariamente um certo conteúdo, a pretensão de correção criada pelo legislador implica que o texto legislativo necessariamente não expresse um certo conteúdo, aquele conteúdo que ultrapassa um nível “tolerável” de injustiça, ou seja, aquele conteúdo que configura uma injustiça extrema. Em resumo: para Alexy, normas ou sistemas jurídicos extremamente injustos não são Direito.

material. Conforme os pesos entre esses três elementos são repartidos, surgem conceitos de direito completamente diferentes. Quem não atribui importância alguma à legalidade conforme o ordenamento e à eficácia social e considera exclusivamente a correção material obtém um conceito de direito puramente jusnatural ou jusracional. Quem segrega por completo a correção material, focalizando unicamente a legalidade conforme o ordenamento e/ou a eficácia social chega a um conceito de direito puramente positivista. No espaço compreendido entre esses dois extremos é possível conceber muitas formas intermediárias.

Para fundamentar sua tese, Alexy vale-se de um quadro conceitual composto de cinco distinções: conceitos de direito isentos (ou não) de validade<sup>79</sup>; sistemas jurídicos como sistemas normativos ou de procedimentos<sup>80</sup>; perspectiva do observador e do participante; conexões classificadoras e conexões qualificadoras; combinações.

A inclusão do conceito de validade no conceito de direito significa uma inclusão do contexto institucional da formulação, da aplicação e da imposição do direito nesse conceito. Na concepção do fenômeno jurídico, inclui-se a compreensão da validade social (existência de validade social), validade jurídica em sentido estrito (conformidade com a autoridade jurídica e validade moral (existência e cumprimento da pretensão de correção).

Eis a questão principal, pois a grande polêmica entre os positivistas e a proposta não-positivista de Alexy encontra-se na incorporação da validade moral no conceito amplo de validade jurídica. Para o jusfilósofo alemão, parte-se de um conceito de direito que inclui o conceito de validade.

Quanto à perspectiva do observador e do participante, faz-se necessária uma explanação. A perspectiva do participante é adotada por Alexy por quem, num sistema jurídico, participa de uma argumentação sobre o que nele é ordenado, proibido, permitido e autorizado<sup>81</sup>. A perspectiva do observador é adotada por aquele que não pergunta o que é a decisão correta em um determinado sistema jurídico, e sim como de fato se decide em um determinado sistema jurídico (ALEXY, 2011, p. 30).

O ponto de vista do participante é o ponto de vista de quem se questiona sobre o que é decidir corretamente dentro de um sistema jurídico (dimensão ideal do conceito de direito).

---

<sup>79</sup> Esse jusfilósofo defende que a validade do direito não é apenas composta da validade social e da validade jurídica em sentido estrito, pois o aspecto moral (validade moral) também compõe esse critério.

<sup>80</sup> Como sistema de procedimentos, o sistema jurídico é um sistema de ações baseadas em regras e direcionadas por regras, por meio das quais as normas são promulgadas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e impostas. Como sistema normativo, o sistema jurídico é um sistema de resultados ou de produtos de procedimentos que, de alguma maneira, criam normas (ALEXY, 2011, p. 29).

<sup>81</sup> O juiz está no centro da perspectiva do participante. Mesmo quando juristas, advogados ou cidadãos interessados no sistema jurídico apresentam seus argumentos, eles se referem, em última instância, a como um juiz deveria se pretendesse decidir corretamente (ALEXY, 2011, p. 30).

O ponto de vista do participante somente se limita a questionar sobre como as decisões são realmente tomadas nesse sistema jurídico (dimensão formal do conceito de direito). O contexto do participante é definido pela questão 'é a resposta jurídica correta?' O do observador pela questão 'como as decisões jurídicas são realmente tomadas?'

Para Sousa (2011, p. 297), ao se compreenderem os argumentos a partir do ponto de vista do observador, é possível admitir a tese da separação sem maiores problemas. Alexy (2011, p. 36) afirma, por exemplo, que "[...] desde o ponto de vista do observador, a inclusão de elementos morais no conceito de Direito não é, em nenhum sentido, conceitualmente necessária [...]", e que "[...] desde a perspectiva de um observador [...] a tese positivista da separação é correta". Quando se toma o sistema jurídico a partir do ponto de vista do participante, a situação é bastante diferente. Alexy (2011, p. 37) enuncia que, desde a perspectiva do participante, "[...] a tese da separação não é adequada, e a tese da conexão é correta".

E arremata Alexy (2011, p. 36):

Para um observador, integra o direito aquilo que os tribunais e as autoridades fazem apoiando-se no enunciado de normas que, de acordo como os critérios de validade do sistema jurídico vigente em questão, são estabelecidas conforme o ordenamento. Desse modo, fica claro que existe um emprego de expressão "direito" na perspectiva do observador, segundo a qual uma inclusão classificadora de elementos morais no conceito de direito que se refira a normas individuais não apenas é conceitualmente desnecessária, como também conceitualmente impossível

Há que se perguntar também, a partir do ponto de vista do observador, se entre um sistema jurídico como um todo e a moral existe uma relação conceitualmente necessária<sup>82</sup>. A questão é saber se a infração de exigências morais de qualquer ordem priva de um sistema normativo o caráter de um sistema jurídico.

Sob o ponto de vista do participante, Alexy trará três argumentos a favor de uma versão não-positivista do conceito de Direito. O primeiro deles, o argumento da correção, é a base para os outros dois argumentos: o argumento da injustiça e o argumento dos princípios.

Na tese de Alexy, esses três argumentos se complementam, no sentido de que o argumento da correção traça uma moldura que é completada com um argumento normativo (o argumento da injustiça), e com um argumento de método, o argumento dos princípios (SOUSA, 2011, p. 305).

---

<sup>82</sup> Distinção possível relativa à tese da conexão é a seguinte: uma versão forte, que sustenta a existência de uma conexão necessária entre o Direito e uma Moral correta ou adequada; e uma versão fraca, que sustenta a existência de uma conexão necessária entre o Direito e alguma Moral (SOUSA, 2011, p. 299).

Para Alexy, tanto as normas e decisões jurídicas individuais quanto os sistemas jurídicos como um todo formulam necessariamente a pretensão à correção<sup>83</sup>. Sistemas que formulam essa pretensão mas não a satisfazem são defeituosos.

O argumento da correção sugere que o legislador, na sua tarefa legiferante, pretende produzir leis justas, ainda que tal pretensão não necessariamente implique que esse texto legislativo tenha de expressar necessariamente um certo conteúdo (pretensão de correção).

Ou mesmo partindo da visão do juiz (ponto de vista do participante), ao tomar uma decisão judicial, pretende que essa decisão seja justa, ainda que tal pretensão não necessariamente implique que essa decisão judicial tenha de expressar necessariamente certo conteúdo.

Levando-se em conta ambas as observações (legislador ou juiz), pode-se chegar a uma forma geral do argumento da correção: “[...] normas jurídicas individuais e decisões judiciais individuais, assim como sistemas jurídicos como um todo necessariamente criam uma pretensão de correção” (ALEXY, 2011, p. 46).

Todavia, mesmo Alexy reconheceu que o argumento da correção não é suficiente para demonstrar a tese da conexão, já que “[...] um positivista pode sustentar o argumento da correção e mesmo assim defender a tese da separação” (ALEXY, 2011, p. 47). É que a pretensão de correção não necessariamente implica numa conexão conceitualmente necessária entre o Direito e a Moral.

Assim, continuando em sua tese, Alexy procurou aduzir razões para demonstrar que essa pretensão de correção necessariamente tem implicações morais, o que levaria, por dedução, a sustentar que o argumento da correção implica na vinculação entre direito e moral.

Essas razões são um possível enunciado para o argumento da injustiça. Ocorre que por mais que o texto legislativo não tenha de expressar necessariamente um certo conteúdo justo, a pretensão de correção criada pelo legislador implica que o texto legislativo não ultrapassa um nível “tolerável” de injustiça, ou seja, não pode implicar num conteúdo que configura uma injustiça extrema. Nesse modo de formular o argumento, a conexão entre a pretensão de correção do Direito e a vedação normativa da injustiça extrema fica explícita (SOUZA, 2011, p. 307).

O que se quer dizer é que, caso uma lei ou um precedente seja extremamente injusto, nos termos da fórmula de Radbruch,<sup>84</sup> essa norma perde o seu caráter jurídico, pois não é possível tolerar a injustiça extrema<sup>85</sup> em qualquer lei ou decisão.

---

<sup>83</sup> Para Alexy, sistemas normativos que não formulam explícita ou implicitamente essa pretensão não são sistemas jurídicos.

Essa discussão sobre o argumento da injustiça que está relacionado a normas individuais e exposto na fórmula de Radbruch mostrou que a segurança jurídica é um argumento central contrário à contestação da qualidade jurídica de normas estabelecidas conforme o ordenamento socialmente eficaz.

Somente em casos de extrema injustiça, devido a seu fácil reconhecimento, é que o argumento da segurança podia ser refreado, perdendo a norma seu caráter jurídico. O mesmo não se aplica aos sistemas jurídicos como um todo, ou seja, não pode fazer com que do caráter injusto de um sistema global<sup>86</sup> resultem consequências que vão além da aplicação do argumento de injustiça a normas individuais (ALEXY, 2011, p. 79-80).

Explicando melhor, mesmo que se deva contestar o caráter jurídico de muitas normas individuais por razões morais e que, entre elas, encontrem-se muitas normas importantes para o caráter do sistema, este pode continuar existindo como um sistema jurídico, haja vista que o argumento de injustiça não traz consequências que vão além daquelas de sua aplicação a normas individuais.

Todavia, se todas as normas que compõem um sistema são extremamente injustas, esse sistema não pode ser considerado, a partir do argumento da injustiça extrema, um sistema jurídico. Em resumo, o argumento de injustiça visa a uma situação excepcional, a de lei extremamente injusta. O argumento de injustiça visa a uma situação excepcional, a da lei extremamente injusta, e trata do cotidiano jurídico (ALEXY, 2011, p. 83).

Por outro lado, todo o Direito Positivo tem uma estrutura aberta<sup>87</sup>, ou seja, linguagem vaga, possibilidade de contradições entre normas, falta de normas nas quais uma decisão possa ser apoiada.

---

<sup>84</sup> A Fórmula Radbruch (em alemão: Radbruchsche Formel) é uma teoria da lei que foi formulada pela primeira vez em um ensaio de 1946, pelo professor de Direito e político alemão Gustav Radbruch. Segundo a teoria, um juiz que se depara com um conflito entre uma lei e que ele percebe como justo, tem que decidir contra a aplicação da lei, se - e somente se - o conceito legal por trás da lei em questão parece tanto "insuportavelmente injusta" ou em "desrespeito deliberado" da igualdade humana perante a lei.

<sup>85</sup> Em geral, dentro desse grupo se pode encontrar: (i) a crítica mais radical de que não é somente difícil identificar os limites entre a injustiça *simpliciter* e a injustiça extrema, na medida em que nenhuma noção de justiça pode ser racionalmente justificada ou objetivamente conhecida (ii) a crítica menos radical de que esse argumento da injustiça (*simpliciter*) põe em xeque a certeza jurídica, uma vez que as normas singulares, em geral, perderiam totalmente sua força prática, ainda que fosse possível, partindo de uma perspectiva ou de outra, oferecer alguma justificação moral e racionalmente possível para a injustiça dessas normas; ou (iii) a crítica menos radical de que um conceito não-positivista de Direito que tenha como elemento constitutivo o argumento da injustiça corre o risco de legitimar acriticamente a não-aplicação do Direito legitimamente estatuído, o argumento da efetividade (SOUSA, 2011, p. 308).

<sup>86</sup> Apoiada na fórmula de Radbruch, sustenta que uma norma individual só perde seu caráter jurídico quando é extremamente injusta, e que o sistema global entrará em colapso quando muitas normas individuais tiverem seu caráter jurídico contestado. A isso chama de tese do colapso.

<sup>87</sup> A expressão *open texture* foi bem delimitada por Hart. No vernáculo, *open texture* significa "textura aberta" ou "estrutura aberta". Essa expressão entrou para o campo da teoria do direito como uma forma de explicar a possibilidade de imprecisão presente no conteúdo das leis, notadamente as normas-regras, pois descrevem

Pelo pensamento positivista, no campo da textura aberta, não se pode decidir com base no Direito Positivo.<sup>88</sup> O argumento dos princípios diz que o juiz também está legalmente vinculado ao âmbito da abertura do Direito Positivo, ou seja, os positivistas em geral defendem a tese de que o aplicador do direito pode agir de maneira discricionária com base em argumentos fora do direito.

E a base do argumento dos princípios é constituída pela distinção entre regras e princípios. E explica Alexy (2011, p. 85):

Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva. Por isso, podem ser designadas de forma simplificada como "mandamentos definitivos". Sua forma característica de aplicação é a subsunção.

Por outro lado, princípios são mandamentos de otimização. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente a possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas.

Explicando a aplicação dos princípios, Alexy (2011, p. 86) afirma que todo ordenamento jurídico com um grau mínimo de desenvolvimento possui princípios jurídicos (tese da incorporação), notadamente os sistemas jurídicos completamente desenvolvidos.

Os princípios jurídicos incorporam conteúdos morais corretos em virtude da formulação da pretensão de correção e justiça do ordenamento (tese da correção), ou seja, os conteúdos morais corretos são incluídos no ordenamento jurídico necessariamente por meio dos princípios, que são substancialmente dotados de razões (conteúdos morais) e possuem formalmente característica jurídica.

E arremata afirmando o jusfilósofo alemão que, como os princípios morais, por seu conteúdo, estão incorporados ao direito, o juiz que neles se apoia decide com base em critérios jurídicos. Querendo-se recorrer à dicotomia ambígua entre forma e conteúdo, pode-se dizer que, quanto ao conteúdo, ele decide com base em razões morais, mas, quanto à forma, decide com base em razões jurídicas (ALEXY, 2011, p. 92).

---

situações concretas sem a especificação de muitos detalhes. Posto que de conteúdo genérico, não raro há aparentes contradições ou dúvidas sobre seu conteúdo.

<sup>88</sup> Não se pode decidir com base no Direito Positivo, pois, se isso fosse possível, não estaria no campo de abertura. Como somente Direito Positivo é direito, o juiz deve decidir no campo de abertura, ou seja, em todos os casos duvidosos, com a ajuda de critérios não jurídicos ou extrajurídicos (ALEXY, 2011, p. 84).

Resumindo em poucas palavras, Alexy (2011, p. 153-155) procurou em sua obra fazer uma definição jurídica do direito a partir da perspectiva do participante, conceituando o direito como um sistema normativo que:

1) formula uma pretensão à correção, vale dizer, sistemas jurídicos que não formulam explícita ou implicitamente uma pretensão à correção não são sistemas jurídicos;

2) totaliza normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas. Determina-se a relação entre os três elementos clássicos da definição: a legalidade conforme o ordenamento jurídico, a eficácia social e a correção material. Esse conceito contém a característica da coação e da dominação em relação a sistemas normativos concorrentes.

3) amplia o alcance daquilo que integra o direito que acontece por meio da incorporação do procedimento de aplicação do direito ao conceito de direito. No âmbito de abertura do direito, tudo aquilo em que se apoia e/ou deve apoiar-se quem aplica o direito, para satisfazer a pretensão à correção, integra o direito.

Assim, os princípios — ainda que não possam ser identificados como princípios jurídicos — e outros argumentos normativos que fundamentam a decisão tornam-se componentes do direito.

Podemos falar então em pós-positivismo como uma designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

A valorização dos princípios e sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética (BARCELOS, 2012, 01).

O pós-positivismo designa uma crise do Positivismo, dos seus limites e inconseqüências. Implica mais em um momento histórico por que passa o positivismo jurídico que foi refinado pela ideia da aproximação entre Direito e Moral. Enquanto etapa histórica, o pós-positivismo revela uma crise dos paradigmas modernos sobre o conceito de validade do Direito.

### **3.1.3 Casuística em análise**

Para analisar melhor a relevância prática da aproximação entre Direito e Moral, vamos analisar decisões do nosso Supremo Tribunal Federal, em que se abrandou a

neutralidade do discurso positivista e invocaram-se preceitos morais, portanto valorativos, da dignidade da pessoa humana e da fraternidade (ou solidariedade).

Na decisão, discutiu-se, em sede de recurso extraordinário n. 363.889-MG, a possibilidade, ou não, de superação da coisa julgada em ação de investigação de paternidade cuja sentença tenha decretado a extinção do processo, sem julgamento do mérito, por insuficiência probatória, mesmo não estando entre as hipóteses legalmente contempladas.

Ocorre que o Direito Positivo contempla taxativamente as hipóteses de rescindibilidade de uma decisão transitada em julgado<sup>89</sup>. É comum, na prática, que se depare com provimentos jurisdicionais que têm perpetuado injustiça com o argumento de que a coisa julgada não admite relativização além das hipóteses legais, prestigiando a garantia da segurança e da certeza nas relações jurídicas.

Essa segurança jurídica está impregnada em parte da comunidade jurídica como valor absoluto, sedimentando em nossa cultura jurídica o entendimento de que nem mesmo a injustiça de uma decisão por afronta a princípios constitucionais é motivo suficiente para justificar sua revisão.

Necessário se faz um melhor questionamento, dessa vez sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, corolário lógico do Estado Democrático de Direito, mediante a ponderação dos valores, bens e normas.

A questão principal reside na possibilidade de rescindir a coisa julgada para além daquelas hipóteses contempladas no ordenamento jurídico, reconhecendo, inclusive, quando a possibilidade da desconsideração quando há afronta a princípios constitucionais.

Na situação dos autos, a genitora do autor não possuía, à época, condições financeiras para custear exame de DNA. Reconheceu-se o conflito entre o princípio da segurança jurídica, consubstanciado na coisa julgada (Constituição Federal, art. 5º, XXXVI), de um lado; e a dignidade humana, concretizada no direito à assistência jurídica gratuita (CF, art. 5º, LXXIV) e no dever de paternidade responsável (Constituição Federal, art. 226, § 7º), de outro (BRASIL, 1988).

O Supremo Tribunal Federal assentou que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana prevalece sobre o da coisa julgada, rescindiu o julgado mesmo não havendo previsão legal no ordenamento jurídico.

---

<sup>89</sup> Em determinadas hipóteses, taxativamente prevista em lei, é possível a revisão da decisão transitada em julgado, desconsiderando a “coisa julgada” - ou como alguns preferem, há uma “relativização” da coisa julgada. Essas hipóteses estão previstas na ação rescisória do artigo 485 do Código de Processo Civil; ação declaratória - querela *nullitatis* - do artigo 486 do mesmo diploma legal; revisão criminal - artigo 621 do Código de Processo Penal, e mais recentemente a impugnação ao cumprimento de sentença (artigo 475-L, II e § primeiro do Código de Processo Civil) e nos embargos à execução ( art. 741, parágrafo único, do mesmo estatuto processual).

Assim foi publicado no informativo do Supremo Tribunal Federal:

Em conclusão, o Plenário, por maioria, proveu recurso extraordinário em que discutida a possibilidade, ou não, de superação da coisa julgada em ação de investigação de paternidade cuja sentença tenha decretado a extinção do processo, sem julgamento do mérito, por insuficiência probatória — v. Informativo 622. Decretou-se a extinção do processo original sem julgamento do mérito e permitiu-se o trâmite da atual ação de investigação de paternidade. Prevaleceu o voto proferido pelo Min. Dias Toffoli. Para ele, dever-se-ia ressaltar a evolução dos meios de prova para aferição da paternidade — culminada com o advento do exame de DNA — e a **prevalência da busca da verdade real sobre a coisa julgada, visto estar em jogo o direito à personalidade**. Ressaltou que este direito teria sido obstaculizado, no caso, pelo fato de o Estado haver faltado com seu dever de assistência jurídica, uma vez que não custeara o exame à época da ação anterior. Os demais Ministros que deram provimento ao recurso ressaltaram que a **espécie envolveria o cotejo entre a coisa julgada e o princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciado no direito à informação genética**. O Min. Luiz Fux destacou a existência de corrente doutrinária que flexibilizaria o prazo para ajuizamento de ação rescisória nas hipóteses de ação de investigação de paternidade julgada improcedente por ausência de provas, o que corroboraria a superação da coisa julgada. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, Presidente, que desproviam o recurso. O Min. Marco Aurélio apontou que o réu, na ação em comento, não poderia ser obrigado a fazer o exame de DNA. Isso, entretanto, não implicaria presunção absoluta de paternidade, mas apenas relativa, a ser confrontada com as provas trazidas ao processo. Asseverou que o ordenamento traria exceções à imutabilidade da coisa julgada, a exemplo da ação rescisória, limitada ao prazo de 2 anos após o trânsito em julgado da ação de origem. Como, na situação em tela, haveria lapso de mais de 10 anos, a aludida exceção não seria aplicável. Destacou, ainda, a probabilidade de o interesse do autor ser patrimonial, e não relativo à sua identidade genética. **O Presidente, por sua vez, afirmou que o princípio da coisa julgada seria o postulado da certeza, a própria ética do direito**. A respeito, assinalou que o direito não estaria na verdade, mas na segurança. Reputou que a relativização desse princípio em face da dignidade da pessoa humana poderia justificar, de igual modo, a prevalência do direito fundamental à liberdade, por exemplo, de maneira que nenhuma sentença penal condenatória seria definitiva. Salientou que, hoje em dia, o Estado seria obrigado a custear o exame de DNA do autor carente, de forma que a decisão da Corte teria pouca aplicabilidade prática. Por fim, frisou que a questão envolveria também a dignidade humana do réu, não apenas do autor, visto que uma nova ação de investigação de paternidade teria profunda repercussão na vida familiar daquele (BRASÍLIA, 2011). [GRIFO NOSSO]

Tem-se, por certo, que o fundamento invocado no arresto, dignidade da pessoa humana, teve um forte apego aos valores morais da pessoa humana em detrimento ao direito posto, o que reforça a tese pós-positivista da aproximação do Direito e Moral.

Com efeito, na decisão, temos a superação da lei posta que numera as hipóteses de rescindibilidade da coisa julgada para alcançar determinada hipótese não contemplada por lei,

mas que decorre da irradiação valorativa dos princípios constitucionais bem como estabelecer um conceito de direito ético.

Essa decisão rejeitou o positivismo legal estrito, prestigiando uma formulação que mantém relação com o direito ético. Embora lei e direito coincidam em termos, direito não se esgota na lei posta, sendo necessária uma investigação sobre a existência de um corretivo moral e ético em relação à lei escrita, tal como descrito por Alexy.

Uma nova fase se estabeleceu com o constitucionalismo que elevou os direitos e as garantias básicas do homem ao nível superior, tendo como primado a igualdade, a liberdade e a fraternidade.

Em resumo, no julgado apresentado foram colhidos argumentos não positivistas, em que a disposição legal foi vencida porque infringiu um direito suprapositivo. Não se limitou em atestar o descompasso entre os princípios constitucionalmente previstos, mas adentrou na questão maior sobre um conceito ético do direito.

Amoldando à tese de Alexy, afastou-se uma injustiça do sistema jurídico (impossibilidade de rescisão da coisa julgada) para efetuar correção no sistema jurídico através do princípio da dignidade da pessoa humana.

### **3.2 Realismo Jurídico de Javier Hervada**

O pensamento de Hervada<sup>90</sup> se assenta na existência de um Direito Natural que é justo por si mesmo, representando coisas — bens, poderes, faculdades — atribuídas ao homem, mas em razão daquilo que é natural do homem, isto é, de fatores ou dimensões próprias do seu ser.

O direito é uma realidade nuclear, em torno do qual se movem os demais conceitos. Eis a ideologia chame do Realismo em Javier Hervada. O direito é aquela coisa que está atribuída a um sujeito; é o seu justo, ou seu *de cada um*. Já a lei é outra coisa distinta: uma regra de conduta obrigatória.

---

<sup>90</sup> Javier Hervada nasceu em Barcelona em 1934, doutorou-se em Direito pela Universidade de Madri (1958) e em Direito canônico pela Universidade de Navarra (1962); em 2002, foi investido Doutor Honorium Causa pela Università della Santa Croce; até 1999 exerceu as funções de Catedrático de Direito Canônico da Universidade de Saragoça e de Professor Ordinário de Direito Natural e Filosofia do Direito da Universidade de Navarra. É um defensor de um sistema de Filosofia do direito com a perspectiva do Realismo jurídico clássico, afastando-se em definitivo do Positivismo normativista (que classifica como sendo uma "etapa mórbida da ciência jurídica em fase de superação").

Tanto assim que em sua obra *O que é o direito? A moderna resposta do realismo jurídico. Uma introdução ao direito*, o autor se afasta do positivismo jurídico e disseca as premissas básicas da doutrina do realismo jurídico clássico<sup>91</sup>, fulcradas em Aristóteles e São Tomás de Aquino, pragmatizadas pelos juristas romanos.

A partir da definição de justiça empregada pelos juristas romanos como *dar a cada um o que é seu* ou também *dar a cada um seu direito*, Hervada vai fazer uma severa crítica ao Positivismo, afirmando que, por ser tão simples essa definição, para alguns dos nossos contemporâneos parece pouco prática, pouco realista ou vazia de conteúdo.

E acrescenta o autor que, para entender essa definição, é necessário estar em posse de um segredo:

Esse segredo estava na posse de Aristóteles, dos juristas romanos e dos juristas em geral até que, no século XIX, apareceram os *positivistas*, ou seja, aqueles que negam que o homem tenha direitos inerentes a sua condição de pessoa. Porque esse é o segredo, uma verdade patente, que foi transformada em oculta por aqueles que puseram sobre a ciência jurídica o véu da escuridão positivista (o positivismo é uma das mais sutis formas de estar voluntariamente cego à luz). Sim, o segredo é o Direito Natural (HERVADA, 2006, p. 23).

Essa crítica contundente ao Positivismo vai ser uma marca fundamental ao longo do seu pensamento. Não que negue validade ao Direito Positivo, mas que "se o Direito Natural for esquecido ou rejeitado, o que a justiça representa em relação a ele torna-se vazio ou transforma-se em ideais pouco concretos e relativos; a fórmula da justiça terá perdido sua praticidade e seu realismo (HERVADA, 2006, p. 25).

Uma vez estabelecido em que consiste a justiça, a virtude de *dar a cada um o que é seu*, Hervada afirma que a justiça precede ao direito, não o antecede, é posterior a ele, no sentido de que age em relação ao direito existente.

E assinala que, se a justiça é a virtude de *dar a cada um o que é seu*, o seu direito, para que se possa agir é preciso que exista o seu *de alguém*, seu direito; do contrário, como dar o seu, seu direito? Conclui que, onde não há um direito existente, a justiça não é invocável.

---

<sup>91</sup> Para o Realismo jurídico clássico, o direito acompanha a evolução da sociedade, razão pela qual traz em si a marca das mudanças históricas da humanidade, considerando as diversas formas que o homem tem de conceber o mundo em determinada época, organização social, costumes e tradições. Logo, o modo de pensar o direito está estritamente relacionado com a doutrina filosófica seguida por uma sociedade. Decorre dessa assertiva que, com a substituição da Filosofia clássica pela Filosofia moderna, o direito passa a ser visto de modo diferente.

Hervada exemplifica afirmando que, se um patrão e empregados de uma empresa acordaram um salário mensal de 1.200 euros, a quem recorrerão os empregados se o patrão lhes der apenas 720 euros? Recorrerão ao juiz, e este obrigará o patrão a dar aos empregados o que é seu, o seu direito, que são 1.200 euros. E, para isso, se for necessário, confiscará os bens do patrão. O patrão, ao pagar somente 720 euros, comete uma injustiça.

Vejamos uma situação contrária: o contrato fixa o salário em 720 euros ao mês, e os empregados, alegando aumento do custo de vida, comparecem perante o juiz e solicitam que o patrão seja obrigado a elevar o salário. O juiz se absterá; não compete a ele a questão, porque o direito dos empregados é de 720 euros, enquanto os 1.200 euros são uma aspiração (HERVADA, 2006, p. 26).

E o autor prossegue no questionamento: não há aspirações dos homens que sejam justas em sentido próprio? Se houve, trata-se de verdadeiros direitos. Determiná-los é função do jurista e, na hipótese de serem respeitados, o juiz pode e deve intervir.

Nisso conclui Hervada (2006, p. 27) que, quando as aspirações são verdadeiros direitos, em consequência, a justiça intervém, é óbvio que se trata de direitos preexistentes e anteriores ao Direito Positivo, isto é, de Direito Natural.

Nessa conclusão adentra a seara das leis injustas; há leis injustas, posto que há coisas atribuídas injustamente. Em outras palavras, prossegue explicando Hervada (2006, p. 27), que existem leis injustas porque lesam o Direito Natural, ou seja, porque atribuem coisas a pessoas diferentes daquelas às quais foram atribuídas anteriormente por Direito Natural, ou negam a titularidade de algo a quem o tem por Direito Natural, ou atribuem coisas a quem por Direito Natural é negado.

Para entender todo o pensamento de Hervada, é forçoso adentrar na dicotomia Direito Natural e Direito Positivo. Para esse autor, Direito Positivo seria todo o direito cujo título e cuja media deve sua origem à vontade humana, seja pela lei, seja pelo costume, seja pelo contrato. Positivo significa *posto*, não dado ao homem, e sim instituído — posto — pelo homem (HERVADA, 2006, p. 62).

Sobre o limite do Direito Positivo e invocando a lição de Aristóteles, Hervada vai afirmar que em direito há coisas que são indiferentes e há coisas que não são. Assim, o homem pode criar direitos e regulamentá-los na esfera do indiferente.<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> Para Hervada indiferente quer dizer que, em síntese, no que se refere à justiça e à moral, dá na mesma adotar uma solução ou outra, porque nenhuma delas lese a justiça ou qualquer outra esfera da moralidade. E exemplifica: que os escoceses usem saia poderá ser mais ou menos chocante, mas é indiferente. Roubar dinheiro não é indiferente.

O campo do Direito Positivo é delimitado de um modo claro: sua matéria possível é o indiferente. Por isso mesmo, para distinguir se uma norma é de Direito Positivo ou de Direito Natural, é preciso observar seu grau de indiferença em relação à natureza humana. O quanto tiver de indiferença terá de Direito Positivo (HERVADA, 2006, p. 64).

A seu turno, Direito Natural é o que é justo por si mesmo, o não indiferente que tem por título a natureza humana, e como todos os homens são pessoas igualmente e a natureza é a mesma em todos, o Direito Natural — Aristóteles já observava — é o mesmo em todos os homens e em todos os lugares (HERVADA, 2006, p. 70).

Para Hervada, há relações entre Direito Natural e Direito Positivo que acaba por provar a existência do Direito Natural, porque sem o Direito Natural o Direito Positivo não tem o pressuposto necessário de existência.

A conclusão parece questionável, mas o mestre espanhol passa a explicação:

[...] tudo que o homem faz ou inventa requer uma capacidade natural, o que os filósofos chama de *potência*. Para ver, o homem precisa ter olhos. Com base nesse fato natural, o homem pode edificar uma série de fatos culturais: escrita, pintura, escultura, televisão, cinema, etc. Porém, se o homem não tivesse visão, todos esses fatos culturais não existiriam. O homem é incapaz de voar por si mesmo; por mais que tente, nunca terá asas (não existe em seu corpo capacidade para tê-las). Pode, isso sim, com base em uma série de dados naturais (peso e resistência dos materiais, leis da aerodinâmica), construir aparelhos com os quais pode voar. É axiomático que todo fato cultural depende dos dados naturais (HERVADA, 2006, p. 75).

Disso extrai que, pretender que só exista o Direito Positivo, ou seja, que todo direito seja estabelecido pelo homem, contradiz o mais elementar bom senso, pois se há algo jurídico cultural (Direito Positivo), tem que partir necessariamente de algo jurídico natural. O que se quer dizer é que, se existe uma fato jurídico positivo (cultural), deve apoiar-se em uma juridicidade natural. Se nada houvesse de jurídico natural, nada haveria de jurídico cultural.

E arremata: *a melhor demonstração de que existe o Direito Natural é que existe o Direito Positivo*. Mais especificamente: se não existe o Direito Natural, é impossível que exista o Direito Positivo; e se existe o Direito Positivo, existe necessariamente o Direito Natural.

Posto que existem, como o demonstrado, os direitos naturais, portanto existe necessariamente a lei jurídica natural, em tripla faceta, afirma Hervada (2006, p. 145). A lei natural é a regra natural de direito; a existência de direitos naturais gera regras do agir; e a

natureza das relações e instituições sociais acarreta algumas regras de justiça comutativa<sup>93</sup>, distributiva ou legal, conforme o caso, que são naturais.

Podemos, então, conhecer a lei natural através de inclinações naturais do homem, que é a própria atividade natural do agir humano. O pensador espanhol passa elencando:

- a) A inclinação à conservação do ser, também chamada instinto de conservação;
- b) A inclinação ao casamento, direcionado para a procriação e educação dos filhos, deduzindo seus preceitos fundamentais;
- c) A inclinação à relação com Deus ou com a religiosidade, buscando a verdade sobre Deus e o culto que lhe é devido;
- d) A tendência ao trabalho, e por consequente ao seu salário e as relações no trabalho;
- e) A inclinação à sociedade política e às várias formas de associação;
- f) A tendência à comunicação;
- g) A inclinação ao conhecimento e às diversas formas de cultura e arte, de onde se depreende o direito de se educar, a liberdade de ensinar e outros direitos e deveres (HERVADA, 2006, p. 151-152).

Conhecendo essas inclinações próprias da lei natural, é fácil entender que sua função consiste em ser base ou alicerce da ordenação jurídica e da ordem política. Usando de uma analogia, o que a constituição representa no sistema de leis positivas - base do sistema legal, critério inspirador e critério de validade - é o que representa a lei natural em relação a todo o sistema de leis (HERVADA, 2006, p. 155).

E por ser base ou alicerce, as leis positivas, segundo Hervada, se apoiam na lei natural, derivam dela. Se as leis positivas derivam de um núcleo de lei natural, devem ordenar — essa é a missão — a realidade social de acordo com esse núcleo.

Diferentemente de Kant, Hervada repudia a assertiva de que a lei natural está gravada no coração do homem. Para esse pensador, a lei natural é preceito da razão, e no conhecimento da razão é possível distinguir dois momentos sucessivos e conexos. Há um exercício ou uso da razão comum ou geral que é próprio de todo homem que tenha alcançado o desenvolvimento normal dessa potência e, em segundo momento, a investigação aprofundada do conhecimento: é o saber científico.

---

<sup>93</sup> Justiça comutativa, que quer dizer trocar, permutar, assim chamada porque regula o intercâmbio entre pessoas iguais, que se encontram no mesmo plano. Sua finalidade consiste em estabelecer uma igualdade fundamental nas relações entre os seres humanos e exigir que essa igualdade seja restabelecida quando violada. Justo é o igual e injusto é o desigual, dizia Tomás de Aquino, filósofo e teólogo do século XII. Já justiça distributiva tem por objetivo permitir que pessoas participem do bem comum mediante uma distribuição equitativa, de acordo com seus méritos ou suas habilidades. Em outras palavras, consiste em dar a alguém o que lhe é devido segundo uma igualdade.

Assim, portanto, quanto à lei natural há um conhecimento comum (elementar e próprio de todos os homens), mas há também um conhecimento específico, de difícil acesso (acessível pelo conhecimento específico).

O homem nasce com a correta disposição da razão, pela qual se compreende o dever de fazer o Bem e evitar o Mal. Da mesma maneira, nasce com algumas inclinações naturais, que capta como direcionamento para seus fins naturais. Pode ser difícil que o homem conheça todos os preceitos ou erre ao raciocinar para conhecê-los, pois a razão humana não é infalível (HERVADA, 2006, p. 164).

Em suma, todos os humanos têm a mesma natureza, os mesmos fins e as mesmas exigências de conduta e tratamento. A lei natural é igual e a mesma para todos os homens e para todos os povos (HERVADA, 2006, p. 169).

### 3.3 Direito Natural em John Finnis

A aproximação entre Direito e Moral - cindidos pelo positivismo jurídico, foi muito explorada em John Finnis<sup>94</sup>, que procurou delinear seu pensamento na obra *A lei Natural e os Direitos Naturais*, sem se apegar a qualquer pessoa ou grupo, todavia dando um relevo ao pensamento de São Tomás de Aquino<sup>95</sup>, a quem eleva a um lugar estratégico singular na história da teorização sobre a lei natural.

Não se procurou na obra elaborar, primariamente, com o propósito de fornecer uma estrutura conceitual justificada para uma ciência social descritiva, antes, procura-se lançar uma contribuição às reflexões práticas daqueles que se preocupam em agir, quer como juízes<sup>96</sup>, quer como estadistas, quer como cidadãos. Assim se possa socorrer da assistência da ciência social descritiva e analítica para avaliar as possibilidades e oportunidades humanas.

O estudo ganha relevância prática na discussão jurídica acerca das vertentes clássicas dualista do Direito Natural e Direito Positivo, já exposta metodicamente no presente trabalho,

---

<sup>94</sup> John Mitchell Finnis é professor da Universidade de Oxford e na Universidade de Notre Dame. Um dos destaques do seu projeto filosófico foi a publicação, em 1980, de *Natural Law and Natural Rights*, que representa um marco contemporâneo na Teoria Geral do Direito.

<sup>95</sup> Tanto para Tomás de Aquino, quanto para Aristóteles, fazer Filosofia moral é pensar de forma mais geral possível sobre o que alguém deveria escolher fazer (e não fazer), considerando a totalidade da sua vida como um campo de oportunidade (ou mau emprego de oportunidade). Pensar de forma tão geral diz respeito não meramente às suas próprias oportunidades, mas qualquer os tipos de coisas boas que qualquer ser humano pode fazer e alcançar, ou ser privado. Pensar sobre o que fazer é convenientemente rotulado de “prático” e diz respeito ao que e como escolher e fazer aquilo que alguém inteligentemente e razoavelmente pode (i) para conseguir bens inteligíveis na sua própria vida, na vida dos outros seres humanos e em seu ambiente, e (ii) ser de bom caráter e viver uma vida que, como um todo, terá sido uma resposta razoável a tais oportunidades (FINNIS, 2007, p.21).

<sup>96</sup> As reflexões jurisprudenciais serão oportunamente objeto de estudo em dois casos práticos do Supremo Tribunal Federal, questão que envolve o conceito e validade do Direito Positivo.

todavia inserindo novos elementos ao presente debate notadamente quanto à defesa de que o positivismo e o jusnaturalismo não são incompatíveis<sup>97</sup>, mas na verdade se complementam, em que caberá ao Direito Natural o papel de avaliar a aptidão moral do ordenamento jurídico por um crivo de razoabilidade.

Em sua obra, Finnis critica a definição do direito de Kelsen<sup>98</sup>, como técnica social específica livre de valores, demonstrando que uma doutrina que defenda uma concepção eminentemente positivista certamente encontrará seu insucesso, pois o ordenamento jurídico — ou parte dele — poderia estar distante dos bens básicos das necessidades humanas de justiça, convertendo-se, desse modo, nas chamadas leis injustas.

Finnis afirma que Kelsen difundiu uma imagem desorientadora, e nada incomum, da teoria jurídica do Direito Natural no pensamento que vai desde os Padres da Igreja até Kant, que o Direito Positivo deriva toda a sua validade do Direito Natural, sendo uma mera emanção do Direito Natural.

Tudo isso é uma caricatura, afirma Finnis. Tomando por exemplo o pensamento tomista, o Direito Positivo realmente deriva sua validade do Direito Natural, mas ao mesmíssimo tempo mostra como ele *não* é uma mera emanção, ou cópia, do Direito Natural, e como o legislador goza de toda a liberdade criativa de um arquiteto.

E prossegue Finnis (2007, p. 40) afirmando que Tomás crê que o Direito Positivo é necessário por duas razões, das quais uma é a de que o próprio Direito Natural "de alguma forma já existe" *não* fornece todas ou mesmo a maioria das soluções para os problemas de coordenação da vida em comunidade.

Para Finnis (2007, p. 30-31), influenciado por Tomás de Aquino, uma teoria do Direito Natural deve ser capaz de cumprir os seguintes objetivos:

[...] distinguir o que não é razoável na prática do que é razoável na prática e, assim, diferenciar o que realmente é importante daquilo que não é importante ou importante apenas por sua oposição ao que é realmente importante, ou por sua manipulação desarrazoada do que é realmente importante. Uma teoria do Direito Natural alega ser capaz de identificar as condições e os princípios de discernimento prático, da boa e apropriada ordem entre os homens e da conduta individual.

---

<sup>97</sup> A crítica mais acentuada contra jusnaturalismo reside na sua falta de homogeneidade temporal, posto que ausente de completa falta de coesão quanto aos argumentos de validade utilizados por seus diversos defensores. Por esse motivo, o Direito Natural é taxado por alguns de obscuro, supersticioso e perigosamente variável. Finnis tenta refutar essas atribuições, mostrando os valores principiológicos do Direito Natural.

<sup>98</sup> Conforme estudado, Kelsen define o direito como uma técnica social específica: "a técnica social que consiste em fazer acontecer a desejada conduta social dos homens por meio de uma ameaça com um certo grau de coerção, que deve ser cumprida em caso de conduta contrária" (KELSEN, 1998, p. 17).

A palavra “natural”, para Finnis, é aquela que se refere à razão, ou seja, uma teoria da racionalidade é defendida na medida em que assume uma razão dirigida à própria conduta individual como guia a um comportamento humano razoável.

Em outros termos, a preocupação do autor é construir uma metodologia que possa legitimar o Direito Natural, por critérios razoáveis de justificação.

Um sistema jurídico é um sistema no qual regras "secundárias"<sup>99</sup> emergiram a *fim* de remediar os *defeitos* de um regime pré-jurídico composto apenas de "regras primárias". O direito deve ter um conteúdo mínimo de regras e sanções primárias a *fim* de assegurar a sobrevivência da sociedade ou de seus membros e de dar a eles uma *razão prática* para aquiescência a ele (FINNIS, 2007, p. 21).

Desenvolve um conceito de *razoabilidade prática*, uma vez que, para o autor, o Direito se revela além da lei, haja vista que os indivíduos são orientados por diversos valores, também presentes na dogmática jusnaturalista e que não podem ser refutados pela lei dos homens<sup>100</sup>.

Em conformidade novamente com a obra de São Tomás, Finnis (2007, p. 47) sustenta que o critério de conformidade ou oposição à natureza humana é a razoabilidade:

Então, o que é contrário à ordem da razão é contrário à natureza dos seres humanos como tal; e o que é razoável está de acordo com a natureza como tal. O bem, para os seres humanos, é estar de acordo com a razão, e o mal é estar fora da ordem da razoabilidade... Então, a virtude humana, que torna boa tanto a pessoa humana quanto suas obras, está de acordo com a natureza humana *exatamente na medida que (tantum...inquantum)* está de acordo com a razão; e o vício é contrário à natureza humana exatamente na medida em que é contrário à ordem da razoabilidade.

No pensamento finnisiano, o Direito não pode prescindir de elementos previamente estabelecidos. Essa preocupação é constante nas obras de Finnis (2007, p. 85):

Em síntese: uma teoria da lei natural (natureza) da lei procura, ao mesmo tempo, dar conta de sua faticidade e responder às questões que são centrais para o seu entendimento. Como listados por Green (2003), tendo observado que “Nenhum filósofo do Direito poder ser apenas um positivista jurídico”, essas questões adicionais (que o juspositivista não aspira a responder), são: que tipo de coisas poderia possivelmente contar como qualidades do Direito? Que papel deveria ter a lei no julgamento? Que obediência a lei pode nos exigir? Que lei nos devemos ter? E deveríamos ter uma lei? Todas essa

<sup>99</sup> Nalini (2012, p. 105) observa muito bem que, para os juristas das novas gerações, Hart é mais conhecido por sua contribuição para distinguir entre normas *primárias* - aquelas que impõem obrigações - e normas *secundárias* - as de reconhecimento, mudança e julgamento.

<sup>100</sup> Percebe-se que o divisor de águas invocado pelo Direito Natural é justamente essa divisão entre um Direito posto pela vontade dos homens, o “dever ser”, e um Direito Natural derivado do “ser”.

perguntas, embora organizadas e articuladas de maneira um pouco diferente, estão sob consideração nesse ensaio.

É que para Finnis, o Direito Natural, ou mais precisamente, os princípios do Direito Natural estão para se prestar ao auxílio do Direito Positivo, sem, contudo, vinculá-los às mistificações próprias das Escolas clássicas, divorciando-se de qualquer justificativa metafísica, pensando em um Direito Natural de acordo com os bens humanos, aos quais imputou uma autoevidência, realizável por meio de instituições do Direito humano e requisitos de razoabilidade prática.

Para Finnis, esses valores autoevidentes são estabelecidos por critérios objetivos e não subjetivos, apresentando valores básicos da conduta humana como sendo inquestionáveis, portanto, autoevidentes, passíveis de uma justificação racional, constituindo como predicados necessários e indispensáveis para que se possa avaliar e ponderar acerca de juízos morais.

Necessário, portanto, é um fundamento avaliador de todos os juízos morais, estabelecendo-se os valores básicos para a existência humana através do raciocínio prático. Por outras palavras, esses “valores básicos para a existência humana” constituem o substrato valorativo do homem em todos os seus juízos morais, políticos ou jurídicos, possuindo caráter *pré-moral, pré-político e pré-jurídico*. Para Finnis, esses valores básicos para a existência humana são “*autoevidentes*” e “*universais*”, mesmo que nem todos os homens os entendam e os realizem com igual intensidade, tempo e espaço.

Na lição de Finnis (2007, p. 89), a universalidade dos bens básicos é entendida da seguinte maneira:

Todas as sociedades humanas demonstram uma preocupação com o valor da vida humana; em todas, a autopreservação é aceita, em geral, como um motivo apropriado para a ação, e em nenhuma delas o homicídio é permitido sem alguma justificativa bem definida. Todas as sociedades humanas encaram a procriação de uma nova vida, como em si mesma, uma boa coisa, a menos que existam circunstâncias especiais. Nenhuma sociedade humana deixa de restringir a atividade sexual, em todas as sociedades existe alguma forma de proibição de incesto, algum tipo de oposição à promiscuidade ilimitada e ao estupro, alguma preferência por estabilidade e permanência nas relações sexuais. Todas as sociedades humanas demonstram preocupação com a verdade por meio da educação dos jovens em questões não apenas práticas (e.g. evitação do perigo), como também, especulativas ou teóricas (e.g. religião). Os seres humanos, que só sobrevivem à infância porque são bem cuidados, vivem em sociedade, ou às margens de alguma sociedade que invariavelmente se estende para além da família nuclear, e todas as sociedades demonstram favorecer os valores de cooperação do bem comum acima do bem individual, da obrigação entre os indivíduos e da justiça dentro dos grupos. Todos conhecem a amizade. Direito a propriedade ou patrimônio, e de reciprocidade. Todos valorizam o jogo, sério e

formalizado, ou informal e recreativo. Todos tratam o corpo dos membros mortos do grupo de algum modo tradicional e ritual que é diferente do modo como descartam o lixo. Todos demonstram interesse por poderes ou princípios que devem ser respeitados por seres sobre-humanos, de uma forma ou de outra, a religião é universal.

Importante consignar que a lista não é exaustiva e sim exemplificativa. E mais, todos os bens são igualmente fundamentais, não havendo hierarquia entre eles, um eventual conflito deve ser resolvido pela ponderação de valores, ou seja, o valor de um determinado bem é variável em um determinado momento da vida de uma pessoa.

O fato de não existir hierarquia entre esses valores não indica que as pessoas não possam encará-los, de modo razoável, como mais importantes, pois poderão, a depender das vicissitudes da vida, mudar as importâncias dos valores. As pessoas podem ir mudando de foco e ir percorrendo, de um em um, o círculo de valores básicos que constituem o horizonte de oportunidades, sem perder a igualdade fundamental de todos os valores.

O autor identifica sete bens básicos autoevidentes: a vida, o conhecimento, o jogo, a experiência estética, a amizade ou sociabilidade, a razoabilidade prática e a religião; todos ligados ao potencial humano de crescimento, o que o autor nomeou de “florescimento humano” (FINNIS, 2007, p. 58).

Serão expostos, de forma sucinta e coesa, esses setes bens básicos autoevidentes:

1. A **Vida**, assim entendida como a saúde corporal, capacidade psíquica de autodeterminação e procriação. É inegável o seu peso em relação aos demais bens, pois esta é evidente e sentida por si mesma, todavia o que não a torna um valor superior e invariável. Corresponde ao impulso de autopreservação. Finnis (2007, p. 91) sugere que a vida envolveria a sua transmissão, ou seja, a procriação, todavia concluiu que esse tema seria outro bem fundamental, correspondente à inclinação para acasalar/procriar/criar.

2. **Conhecimento** (saber a verdade de modo não apenas instrumental), um conhecimento compreendido como aquele bem inerente à própria atividade humana e que se refere justamente à constante busca da verdade. O princípio de que a verdade (e o conhecimento) é digna de ser buscada não é de alguma forma inato, não está inscrito na mente quando do nascimento<sup>101</sup>. Pelo contrário, o valor da verdade fica óbvio apenas para aquele

---

<sup>101</sup> Nisso Finnis se distanciou da moralidade como autonomia do pensamento kantiano, pois Kant a define como a propriedade que a vontade possui de ser lei para si mesma (independentemente da natureza dos objetos do

que experimentou o ímpeto de perguntar, que apreendeu a conexão entre pergunta e resposta, que compreendeu que o conhecimento é constituído de respostas corretas para perguntas particulares e que está ciente da possibilidade de mais perguntas e de outras pessoas que fazem perguntas que, como ele mesmo, poderiam se deleitar com a vantagem de chegar a respostas corretas (FINNIS, 2007, p. 72).

3. **Jogo:** assim entendido como experiência lúdica, sem outro fim a não ser o desempenho da própria atividade. O jogo é uma função da vida e que apresenta ao ser humano um espaço de regras, desejos, competições e ambições; tal bem possui relevância ao Direito, no sentido de que, em regra, o jogo se desenvolve em um ambiente tenso, instável. Destaca Finnis (2007, p. 92) que cada um de nós pode ver o que se trata engajar-se em atividades que não têm qualquer propósito, além de seu próprio desempenho e que são desfrutadas por si mesmas. O desempenho dessa atividade pode ser solitário ou social, intelectual ou físico, tenso ou relaxado, altamente estruturado ou relativamente informal, convencional ou de padrão *ad hoc*.

4. **Experiência estética,** ou seja, a contemplação do belo como fim da atividade em si mesma. A experiência estética não somente decorre de uma atividade humana, mas também, como sendo evidente da própria natureza, ou seja, prescinde uma ação humana; o homem passa a ser visto como espectador e não como ator. De tal referência denota-se que experiência estética é um bem básico evidente, no sentido de que o ser humano, ao realizar juízos morais, efetua tais avaliações por meio de uma contemplação sensitiva. Prossegue Finnis dizendo que a experiência estética, diferentemente do jogo, não precisa envolver ação de nossa parte; o que é buscado e valorizado por si mesmo pode ser simplesmente a forma bela “exterior” à pessoa, e a experiência “interior” de apreciação de sua beleza. Mas, muitas vezes, “a experiência valorizada é encontrada na criação e/ou apreciação ativa de alguma obra de forma significativa e satisfatória” (FINNIS, 2007, p. 93).

5. **Sociabilidade (Amizade):** o relacionar-se pacificamente com outros seres humanos. Tal bem é visto por Finnis (2007, p. 93) como verdadeiro instrumento para que o bem comum seja tingido, pois, quando alguém despense sua energia em benefício de outrem, não há somente uma colaboração ou coordenações recíprocas, mas, sim, um bem comum

---

querer). Com efeito, para Kant o princípio da autonomia é, pois, agir de modo tal que as máximas de nossa escolha estejam compreendidas, ao mesmo tempo, como leis universais, no ato de querer.

revelado por “autoconstituição e autorrealizações” mútuas. A devida compreensão de tal bem básico deve, necessariamente, passar pelo conceito de “comunidade completa”<sup>102</sup>, trazido por Finnis, como um expoente máximo da interação humana.

6. **Religião** é explicada como comunhão com uma fonte transcendente de realidade. É assumida em um contexto abstrato, ou seja, refere-se à relação que existe entre uma pessoa e uma divindade qualquer. Para Finnis (2007, p. 94), a dedicação de um religioso (padre, rabino, pastor, presbítero, ancião, bispo) a Deus se explica por esse bem.

7. **Razoabilidade prática:** no sentido de impor ordem inteligente na própria vida com a escolha de fins razoáveis e modos razoáveis de participação nesses fins, ou seja, saber empregar a inteligência para escolher como agir nas situações concretas é um bem fundamental para os seres humanos.

É necessário consignar a importância desse valor fundamental para a teoria finnisiana do Direito Natural, pois este apresenta faces distintas: como bem autoevidente por si só quando se refere à razão humana; e orientação necessária para se buscar uma avaliação do que seja moralmente bom, daquilo que seja imoral frente a todos os outros bens básicos.

Assim, a razoabilidade tanto é um aspecto do bem-estar humano quanto diz respeito à participação da pessoa em todos os outros aspectos básicos do bem-estar humano.

Nesse particular, Finnis foi fortemente influenciado tanto por Santo Tomás de Aquino quanto por Aristóteles, haja vista que o sentido da descrição do bem básico da “razoabilidade prática” desenvolvida por Finnis se aproxima tanto do “*phronimos*” de Aristóteles<sup>103</sup>, quanto da “*prudentia*” de Tomás de Aquino<sup>104</sup>, vale dizer, respectivamente: a razoabilidade e a sabedoria prática.

---

<sup>102</sup> Finnis não diferencia a palavra “sociedade” da palavra “comunidade”.

<sup>103</sup> Em *Ética e Nicômaco*, há a seguinte passagem: ora, julga-se que é cunho característico de um homem dotado de sabedoria prática o poder de deliberar bem sobre o que é bom e conveniente para ele, não sobre um aspecto particular, como, por exemplo, sobre as espécies de coisas que contribuem para a saúde e o vigor, mas sobre aquelas que contribuem para a vida boa em geral. Bem o mostra o fato de atribuirmos sabedoria prática a um homem, sob um aspecto particular, quando ele calculou bem com vistas em alguma finalidade boa que não se inclui naquelas que são objetos de alguma arte (ARISTÓTELES, 1995, p.144).

<sup>104</sup> O Conceito de “*prudentia*” em Tomás de Aquino é expresso pela seguinte definição: a virtude da *prudentia* é o que permite à pessoa raciocinar bem quanto à escolha de compromissos, projetos e ações, aplicar os princípios práticos mais gerais concretamente, escolher corretamente, encontrar o meio-termo correto, ser virtuoso e ser um bom homem: S.T. II, q. 47, aa. 1-7; notas a II.3, supra (FINNIS, 2007, p.131).

Finnis exprime nove requisitos necessários para que um determinado juízo de valor, a princípio abstrato, possa ser conduzido a uma correta avaliação moral. Para tanto passa a apresentar essas condições à razoabilidade prática da seguinte maneira:

1. **Um plano de vida coerente:** no entendimento de John Finnis, devemos buscar ordenar a nossa vida e vivermos de acordo com o que é razoável. Não seria razoável viver sem um compromisso com algo que a razão aponte como valores ou mesmo desprezar as possibilidades e circunstâncias na própria vida para a adoção de projetos;

2. **Sem preferência arbitrária por valores:** não havendo hierarquia ou grau maior de importância dos valores, seria irracional a imposição absoluta de uma ordem ou supressão de algum bem na adoção de um projeto. Isso é irracional e arbitrário, motivo pelo qual é proibido pela lei natural.

3. **Sem preferência arbitrária por pessoas:** devemos reconhecer que todos os outros iguais a nós mesmos (os demais seres humanos) também possuem tal possibilidade, respeitado o campo do razoável, no qual a autopreferência se mostra racional.

4. **Desprendimento:** evita-se o fanatismo e suas consequências nefastas nas perseguições dos bens humanos básicos quando, por algum motivo, um projeto ou ação se mostrar de impossível realização, devendo readequá-lo ou adotar-se um novo projeto.

5. **Compromisso:** não bastaria apenas termos um projeto de vida ou algum compromisso, pois a razoabilidade nos exige também que sejamos persistentes na perseguição de nossos compromissos, evitando tornarmo-nos apáticos, o que no caso extremo implica o abandono do compromisso ou desinteresse.

6. **A relevância limitada das consequências:** a capacidade de abordar problemas relacionados à moralidade, referida aqui como precedente necessário para que o homem realize o “bem do mundo”. John Finnis busca enfrentar as éticas dispostas tão somente em termos utilitaristas, consequencialistas ou proporcionalistas. O “bom senso” exaltado pelo nosso autor se refere à capacidade humana de “calcular”, “decidir”, “avaliar” e “pensar” as consequências de uma determinada decisão, ou seja, a razoabilidade prática é o instrumento para se avaliar essa ação, como, por exemplo, o autor se refere ao que é razoável: preferir o bem humano ao bem dos animais. Onde uma escolha deve ser feita, é razoável preferir bens humanos básicos (como a vida) a bens meramente instrumentais (tal como o Direito à propriedade). Onde o dano é inevitável, é razoável preferir atordoar a ferir, ferir a aleijar, aleijar a matar, isto é, o menor grau em preferência do maior grau de dano a um mesmo bem básico, em um mesmo caso.

7. **Respeito por cada valor básico em cada ato:** como todos os bens humanos básicos são bens hierarquicamente iguais e sem preferência, bem como, todos os seres humanos estão intitulados a participarem das oportunidades oferecidas por tais bens, mostra-se arbitrário excluir qualquer ser humano ou qualquer bem, sob qualquer pretexto. Orienta Finnis que somente uma visão não consequencialista dos atos humanos pode originar a

“estrita inviolabilidade dos Direito humanos básicos”, pois, caso se valere um determinado ato de maneira isolada, ignorando sua repercussão quanto à proteção e ao fomento dos bens básicos evidentes, inegavelmente esse ato é inapto para a destinação que se considera relevante em “Lei natural e Direitos naturais”.<sup>105</sup>

8. **Exigências do bem comum:** corolário da Justiça social apresenta a sociabilidade e a amizade como bens evidentes ao ser humano. Como visto, considera-se que a sociabilidade deve ser vista como uma interação harmoniosa entre os indivíduos de uma comunidade, já a amizade, em uma intensidade maior de tal condição pacífica entre os homens, refere-se a uma preocupação pelo próximo, um agir em nome de um terceiro.

9. **Seguir a consciência:** autodeterminar, através de escolhas corretas (provenientes do pensar/conhecer) e autênticas de nosso intelecto prático, formando o nosso caráter, buscando sempre o "eu correto" (FINNIS, 2007, p. 109-128).

De tudo exposto pelo jusnaturalismo finnisiano, o “ser” se destaca como algo a ser buscado e protegido e jamais vilipendiado através dos sete bens básicos por ele enumerados, etapa necessária para entender o conceito de leis injustas.

Finnis tratou do tema da obrigatoriedade ou não das leis, sua aptidão em garantir a justiça, bem como se as leis injustas geram ou não um dever. O problema ganha relevo quando se confronta uma lei validamente formal com princípios defendidos pelo Direito Natural.

Lembramos que, para Kelsen<sup>106</sup>, o direito do Direito Natural não é o fundamento de validade do Direito Positivo, ou seja, as leis não são injustas pelo simples fato de contrariar um preceito do Direito Natural. Mas o que fazer com as leis que, porventura, venham a violar essas balizas impostas pelo Direito Natural?

Faz-se necessário um esclarecimento preliminar acerca da "versão forte do jusnaturalismo" e "versão fraca do jusnaturalismo". A primeira traduz uma completa subordinação das leis positivas às lei naturais, sendo um verdadeiro critério de validade do Direito Positivo, assim, o conceito de justiça se identificaria nas leis naturais. Já para a segunda, mesmo que uma lei fosse contrária às regras do Direito Natural, ainda assim seria

<sup>105</sup> Para ilustrar o que foi dito, Finnis cita Kant, no seguinte contexto: “Aja de forma tal que trate a humanidade – quer em sua própria pessoa, quer na pessoa de outrem – sempre com um fim, e nunca apenas como um meio”.

<sup>106</sup> Para Kelsen, uma doutrina consequente do Direito Natural distingue-se de uma teoria positivista pelo fato de aquela procurar o fundamento de validade do Direito Positivo, isto é, de uma ordem coercitiva globalmente eficaz, em um Direito Natural diferente do Direito Positivo e, portanto, numa norma ou ordem normativa a que o Direito Positivo, quanto ao seu conteúdo, pode corresponder, mas também pode não corresponder; por tal forma que, quando não corresponda a esta norma ou ordem normativa, deve ser considerado como não válido (KELSEN, 1998, p. 243).

considerada como Direito, todavia poderia não ser descumprida por afrontar aspectos da justiça moral.

Percebe-se claramente que Finnis se filia à corrente do jusnaturalismo franco, porque entende que uma teoria da lei natural não precisa ter como principal preocupação a afirmação de que "leis injustas não são lei". No pensamento finnisiano, a principal preocupação de uma teoria de lei natural é explorar os requisitos da razoabilidade prática em relação ao bem dos seres humanos que, por viverem em comunidade uns com os outros, são confrontados com problemas de justiça e de direitos, de autoridade, lei e obrigação.

Ao tratar da lei em seu sentido formal, Finnis não se atém às implicações inerentes à autoridade ou não de materiais normativos que porventura sejam fontes de injustiça. Aqui, assume a importância da lei em garantir a justiça, em todas as suas vertentes em uma comunidade, ou seja, ressalta que a obediência à lei é imperativa no sentido de restringir as opções de escolhas do comportamento humano, tudo para que o bem comum seja efetivamente tangível.

Para Finnis, a derivação da lei positiva da lei natural é evidente e voltada para o processo despendido ao se criar o Direito, quer seja pelo legislador, quer seja pelo juiz, todavia os quais devem ser sempre conduzidos por critérios morais, no contexto da razoabilidade prática.

Em sentido mais claro, no pensamento finnisiano, o Direito Natural deverá sempre ser utilizado como fonte de legitimidade para o Direito Positivo, posto que uma lei que se divorcie de seus bens básicos (condições expostas de justiça) será tida como insuficiente ao padecer de real efetividade.

Todavia, quanto aos efeitos da injustiça das leis sobre a obrigação, Finnis constrói nessa reflexão quatro sentidos para o ato de obedecer à lei. E pergunta: como a injustiça, de qualquer um dos tipos de injustiça<sup>107</sup>, afeta a obrigação de obedecer à lei?

E responde Finnis (2007, p. 340):

Qualquer jurisprudência sólida irá reconhecer que é possível que alguém que enuncie esta pergunta possa com "obrigação de obedecer à lei" estar se referindo à (i) possibilidade empírica de estar sujeito à sanção no caso de não-cumprimento; (ii) ou possibilidade legal no sentido intrassistêmico, no

---

<sup>107</sup> Para Finnis, há quatro tipos de injustiça: (i) o uso de autoridade por parte do governante para sua própria vantagem ou vantagem de um grupo ou facção, preterindo o bem comum; (ii) injustiça distributiva em que a autoridade avoca para si inapropriadamente um excesso de autoridade ou autoridade inexistente; (iii) o exercício de autoridade legal de outra forma que não de acordo com os justos requisitos de maneira e forma; e (iv) negar a uma, a algumas ou a todas as pessoas um direito humano absoluto, ou um direito humano cujo exercício é nas circunstâncias possível, consistente com requisitos razoáveis da ordem pública, da saúde pública, e compatível com o devido exercício tanto de outros direitos humanos quanto dos mesmos direitos humanos por parte de outras pessoas (FINNIS, 2007, p. 338-339).

qual a premissa prática de que a submissão à lei é socialmente necessária é um princípio estrutural isolado do resto do raciocínio prático; ou (iii) obrigação legal no sentido moral (isto é, a obrigação moral que presumivelmente é acarretada pela obrigação legal no sentido intrassistêmico ou legal); ou (iv) obrigação moral derivada não da legalidade da estipulação da obrigação, mas de alguma "fonte secundária".

Assim, Finnis elenca quatro sentidos para o ato de cumprimento da lei. O primeiro alude à utilização das sanções espalhadas pelos textos normativos e tem por fim evitar que as pessoas deixem de cumprir as obrigações impostas. O segundo parte da obrigação legal no sentido jurídico (obrigação legal no sentido intrassistêmico) ancorado na premissa prática de que a submissão à lei é socialmente necessária; é um princípio estrutural isolado do resto do raciocínio prático.

Quanto ao terceiro sentido, Finnis considera que o sentimento de obrigação para com uma lei se respalda justamente nessa força presumível de obrigar a todos os membros de uma comunidade a pautarem suas condutas de acordo com o previsto pela norma, tudo em nome do bem comum.

O problema ganha outros contornos quando se refere à eventual distorção entre uma obrigação imposta por um governante e que se refira em seu bojo a estipulações que vão justamente contra o bem comum ou ainda desprovidas de princípios básicos de razoabilidade prática. Para essas situações, ministra Finnis (2007, p. 345) que estipulações feitas em benefício de partidários ou (sem emergência como justificativa) que ultrapassam a autoridade definida legalmente, ou impõem encargos injustos, ou ordens que se façam coisas que nunca deveriam ser feitas, simplesmente não conseguem, por si só, criar qualquer obrigação moral.

Vencidos os três primeiros sentidos sem se convencer da obrigatoriedade do cumprimento da lei injusta, Finnis apresenta o quarto e último sentido que ultrapassa qualquer indagação que se possa fazer à questão da obrigação de leis injustas descritas nos três primeiros sentidos precedentes. Considera que o completo desrespeito do indivíduo à autoridade do governante refletiria negativamente na estabilidade das relações intersubjetivas da comunidade e que traria consequências ruins ao bem comum.

Quanto a esse aspecto, assim considera Finnis (2007, p. 346):

Então, se uma estipulação injusta é, realmente, homogênea com outras leis em sua fonte formal, em seu acolhimento pelos tribunais e funcionários, e em sua aceitação em geral, pode (nem sempre) ser requerido do bom cidadão que ele obedeça a essa estipulação no grau necessário para evitar enfraquecer "a lei", o sistema legal (de regras, instituições e prescrições) como um todo. O governante tem ainda a responsabilidade de revogar em vez de

implementar a lei injusta, e neste sentido não tem o Direito de que ela seja obedecida. Mas os cidadãos ou funcionários podem, ao mesmo tempo, ter a obrigação reduzida, colateral e, em um importante sentido extralegal, de obedecer a ela.

Em resumo e não custa repetir, na teoria do Direito Natural de John Finnis, a principal preocupação é explorar os requisitos da razoabilidade prática em relação ao bem dos seres humanos que, por viverem em comunidade uns com os outros, são confrontados com problemas de justiça e de direitos, de autoridade, lei e obrigação.

E acrescenta Finnis (2007, p. 337):

A principal preocupação jurisprudencial de uma teoria de lei natural é, portanto, identificar os princípios e os limites do Estado de Direito, e descobrir como leis boas, em toda a sua positividade e mutabilidade, devem ser derivadas (e não, em geral, deduzidas) de princípios imutáveis - princípios que tiram sua força de razoabilidade, e não de quaisquer atos ou circunstâncias que lhes tenham dado origem.

Ainda que os cétricos proclamem faltar homogeneidade, coesão e validade ao Direito Natural, quer por falta de conhecimento ou mesmo por não ter havido educação nesse pensamento, irá desejar que a lei injusta não irradie seus efeitos sobre si enquanto pessoas razoáveis.

## CAPÍTULO 4 - DIREITO NATURAL E HUMANISMO FRATERNAL

### 4.1 Mais uma casuística em análise

Outra decisão do Supremo Tribunal Federal a ser analisada à luz do tema central traz à tona a crise do pensamento político moderno fulcrado no individualismo, característica do liberalismo econômico. Refere-se à possibilidade de importar pneu usado à luz da tutela constitucional do meio ambiente. Essa matéria foi questionada pelo presidente da República por meio da Advocacia-Geral da União.

O principal fundamento está contido no artigo 225 da Constituição Federal do Brasil, que assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que estaria ameaçado pela incineração e pelo depósito de pneus velhos.

Para Carmen Lúcia, Ministra relatora do processo, o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa não podem ser os únicos fatores a serem considerados para decidir os impasses da sociedade moderna, mesmo que em tempos de crise econômica.

E acrescentou: “não se resolve uma crise econômica com a criação de outra crise, esta gravosa à saúde das pessoas e ao meio ambiente. A fatura econômica não pode ser resgatada com a saúde humana nem com a deterioração ambiental para esta e para futuras gerações” (BRASÍLIA, 2009). [GRIFO NOSSO]

Assim restou consignada a ementa do acórdão:

Constitucionalidade de atos normativos proibitivos da importação de pneus usados. Reciclagem de pneus usados: ausência de eliminação total dos seus efeitos nocivos à saúde e ao meio ambiente equilibrado. Afrontas aos princípios constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado. [...] Arguição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio, a partir de 20-6-2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. Crescente aumento da frota de veículos no mundo a acarretar também aumento de pneus novos e, conseqüentemente, necessidade de sua substituição em decorrência do seu desgaste. Necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes. Ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente: demonstração pelos dados. [...] Princípios constitucionais (art. 225) do desenvolvimento sustentável e da **equidade e responsabilidade intergeracional**. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente

respeitada da saúde da população, cujos **direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras**. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. [...] Demonstração de que: os elementos que compõem os pneus, dando-lhe durabilidade, é responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros; a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; pneus inservíveis e descartados a céu aberto são criadouros de insetos e outros transmissores de doenças; o alto índice calorífico dos pneus, interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto se tornam focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos; o Brasil produz pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem de pneus, do que decorre não faltar matéria-prima a impedir a atividade econômica. **Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado** (arts. 170,I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da CB). Decisões judiciais com trânsito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto não são desfeitas: efeitos acabados. Efeitos cessados de decisões judiciais pretéritas, com indeterminação temporal quanto à autorização concedida para importação de pneus: proibição a partir deste julgamento por submissão ao que decidido nesta arguição (BRASÍLIA, 2009). [GRIFO NOSSO]

As questões em debate assentam, por um lado, na ordem econômica, fundada na livre iniciativa e no livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, tal como estampada no artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por outro lado, temos a preocupação com a deterioração ambiental para esta e para **futuras gerações**.

A questão discutida é teoricamente controversa, como são controversos os fundamentos ideológicos dessa decisão. Nessa decisão, a irradiação de valor principiológico e conceito de direito ético serviram de fundamento na decisão apresentada, dessa vez com olhar **fraternal**<sup>108</sup> nas futuras gerações através do princípio da equidade intergeracional.<sup>109</sup>

<sup>108</sup> A fraternidade é expressa no primeiro artigo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, quando ela afirma que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

<sup>109</sup> Entende-se por Equidade intergeracional o conteúdo relacional de igualdade entre as gerações passadas, as presentes e as que nos sucederão sob dois aspectos básicos: o que diz respeito à justa utilização dos recursos naturais pelas gerações passadas, presentes e futuras; e o que tange à responsabilidade da preservação de tais recursos, disponíveis a todas as gerações, de forma a uma geração não causar prejuízo a outra, estando todas no mesmo pé de igualdade.

Nessa decisão, a fraternidade constituiu um critério de decisão política, ao lado da liberdade e da igualdade, influenciando o modo de interpretar essas duas outras categorias políticas.

Essa decisão supera paradigmas históricos de olhar iluminista caracterizado pela individualidade própria do liberalismo, e adentra em uma seara do altero, centrada na dimensão da consideração do outro enquanto ser humano, posto que confronta o *ego* e *alter* no novo ideal de racionalidade que emerge de uma sociedade pós-moderna, consubstanciada na **fraternidade**.

Para entender a decisão do Supremo Tribunal Federal é necessário deter-se um pouco mais nessa questão da fraternidade e sua relação com o Direito Natural e Direito Positivo, identificando um critério humanista na ética do direito, abandonando uma concepção individualista e voltando os olhos para um novo direito com viés fraternal.

## 4.2 Direito Natural Moderno e o Humanismo fraternal

Hoje, no século XXI, vivemos um momento posterior à modernidade. A pós-modernidade exige uma necessária reflexão de adaptação do direito frente aos tempos atuais. Na mesma velocidade em que houve um declínio dos valores, afrouxamento da moral, houve um excesso de teorias políticas, éticas, de opiniões e estudos categóricos de certificadas autoridades tentando explicar os atuais contornos da vivência humana neste início turbulento de um novo século e de um novo milênio.

O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade, a imagem acima do conteúdo. Muitos autores nomeiam nosso tempo como pós-modernismo, em oposição ao termo modernidade, que era marcada pela excessiva confiança na razão e na visão mecanicista do mundo.

Esse novo tempo não foi identificado como um movimento isolado, mas início de uma nova época, uma nova estrutura social, efeito da globalização, quando os diversos segmentos da sociedade passaram a estabelecer uma inter-relação, marcada pela tecnologia da informação e pela descolonização.

O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial, vive-se a angústia do que não pode ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente pós-tudo: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana (ADEODATO, 2009, p. 353).

Ainda no século passado, Arendt bem observou que o nazismo reduziu as vítimas dos campos de concentração ao mínimo denominador biológico comum, destruindo a noção de que cada homem encarna algo que é incompatível ou insubstituível, acima de qualquer preço — o que Kant chamava de "dignidade" (BAGGIO, 2009, p. 82).

Uma cena específica de *A Lista de Schindler*, filme norte-americano de 1993, desperta interesse da Filosofia: a mulher de Oscar Schindler, estando ao largo do monte, montada em um cavalo, fica indignada ao ver as atrocidades praticadas contra os judeus. Vira-se para seu marido e diz: "vamos embora, não quero mais ver isso".

Por que essa mulher, mesmo sendo alemã, não suportou ver as atrocidades contra outros seres humanos? Quais foram inclinações naturais ou tendências racionais que afloraram nela? É preciso o comentário de Giuseppe Tosi (BAGGIO, 2009, p. 62) que nos vem ao encontro:

O homem é um dos poucos seres vivos - ou talvez o único - que desenvolveu altíssima agressividade intraespecífica, praticamente desconhecida no mundo natural, embora este seja dominado pela luta pela sobrevivência. O homem, à diferença dos outros animais, cuja agressividade é geralmente extraespecífica e determinada por necessidades vitais, possui uma alta dose de agressividade contra o próprio semelhante. Nesse sentido, não poderíamos afirmar propriamente que o homem é o lobo do outro homem, segundo uma máxima latina que Thomas Hobbes tornou famosa: *homo homini lupus*. Na verdade, os lobos não agridem os outros lobos de forma tão generalizada, cruel e violenta como os homens fazem com seus semelhantes.

Feliz foi a tradução de Nalini (2012, p. 110) para quem:

Vive-se em uma era em que os fundamentalismos não se circunscrevem à face oriental do Globo. Há muitas versões fundamentalistas também no Ocidente, e a conurbação acelerada, sob influência da cultura do automóvel, estressa, angustia e exacerba os ânimos. Até mesmo concentrações que deveriam servir ao convívio saudável - esportes e *megashows* - costumam desaguar em deprimentes espetáculos de violência.

Com razão Nalini, pois alguns teóricos tendem a reproduzir desqualificação a alguns povos e civilizações, especialmente as não-ocidentais, e esquecem de "teorizar" as questões existentes no "quintal" de suas casas. Guerras são travadas nas favelas fluminenses, escolas do crime organizado em presídios, completa instabilidade social pela ausência de segurança que ultrapassam os grandes centros. Mata-se para roubar celular, ou porque, no assalto, não se tem dinheiro.

Podemos dizer que o mundo moderno, diante dos perigos que ameaçam a sobrevivência da sociedade, tem dois caminhos: (i) continuando nossa marcha retroagiremos no estado de natureza, na luta de todos contra todos; (ii) ou usamos da razão para procurar alternativas para a sobrevivência da raça humana.

Mas chegou-se a uma nova época que exige um novo direito, uma nova ética, um novo formato no pensar: um mundo pós-moderno, com problemas da modernidade que se acumulam com novos, levando ao mundo de incertezas e descrença, em um ceticismo crônico.

Há necessidade de estabelecer uma ruptura entre o ideal e o real na relação humana, ou seja, estabelecer a possibilidade de amar as pessoas ao redor, de ser generoso, de dar sentido à existência.

Para Giacóia Júnior (2013),

[...] o homem moderno vive uma dilaceração, uma espécie de fragmentação, de contradição entre duas aspirações: de um lado a luta pela necessidade da sobrevivência (luta pela produção e reprodução da vida material) e de outro lado a necessidade igualmente premente de elevação espiritual<sup>110</sup>.

E acrescenta sugestionando que

[...] num momento em que inicia o projeto político da modernidade, é necessário travestir a necessidade de reprodução da vida com uma certa tintura de nobreza. E justamente nesse contexto nascem as duas palavras: dignidade do homem e dignidade do trabalho (GIACÓIA JÚNIOR, 2013).

O historiador e filósofo Tzvetan Todorov<sup>111</sup>, ao comentar o sentido que Dostoievski colocou nesta frase *a beleza salvará o mundo*, que está no romance *O Idiota* foi preciso, porém não utópico, ao sugerir que "a beleza é aquela do gesto humano, da relação humana, é a possibilidade de amar as pessoas ao redor, de ser generoso, de dar sentido à existência".

E justifica que a beleza que salvará o mundo está nisto: "***é conseguir carregar de verdade e sentido os gestos mais cotidianos, as nossas relações com as pessoas com as quais convivemos por conta da nossa profissão, com nossos filhos e com nosso trabalho. A beleza salvará o mundo***" (TODOROV, 2012)<sup>112</sup>. [GRIFO NOSSO]

<sup>110</sup> A preguiça e a melancolia, com Oswaldo Giacoia. Gravado em 15 de março de 2013.

<sup>111</sup> Tzvetan Todorov (Sófia, 1939) é um filósofo e linguista búlgaro radicado na França desde 1963 em Paris.

<sup>112</sup> A democracia e a beleza, com Tzvetan Todorov. Gravado em 06 de setembro de 2012.

Como superar essa dialética negativa da alteridade e do ceticismo crônico? Uma resposta seria a promoção de uma dialética de intersubjetividade, na qual o outro não seja conhecido como inimigo, ou seja, simplesmente como um *não-eu*, mas como um *outro-eu*: "eu mesmo como um outro".

E a solução foi dada pelo próprio Giuseppe Tosi apud Baggio (2008, p. 58):

Nesse sentido, seria preciso abandonar uma postura antimoderna e abrir um diálogo crítico com a Modernidade: não se trata de colocar a fraternidade contra a liberdade ou a igualdade, mas com elas, articulando dialeticamente os três conceitos e retomando a antiga tradição do humanismo cristão. A fraternidade poderá desempenhar um papel político se for capaz de interpretar e transformar o mundo real em que vivemos, mostrando assim um valor heurístico e uma eficácia prática.

Mas por que se falar em Humanismo fraternal? E qual sua relação com o Direito Natural? Observa-se que o termo "fraternidade" está longe da pauta política, muito embora esteve presente no ideal da tríade revolucionária francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

E o distanciamento da pauta política é explicável pelo apego teológico ao termo fraternidade<sup>113</sup>, o que culminou na falta de referência aos outros dois princípios revolucionários da liberdade e da igualdade.

Segundo Aquini (2008, p. 73), da Pontifícia Universidade S. Tommas:

A fraternidade é considerada um princípio que está na origem de um comportamento, de uma relação que deve ser instaurada com outros seres humanos, agindo uns em relação aos outros, o que implica também a dimensão da reciprocidade. Nesse sentido, a fraternidade, mais do que como um princípio ao lado da liberdade e da igualdade, aparece como aquele que é capaz de tornar esses princípios efetivos (BAGGIO, 2009, p. 73).

O professor Baggio (2008, p. 66), renomado pesquisador em Filosofia política da Universidade Sophia, em Florença, referindo-se à complexidade do conceito fraternidade, assinala que:

É verdade que os estudos nesse campo devem abordar não só a situação de esquecimento da fraternidade, mas também remover os "escombros" que

---

<sup>113</sup> A fraternidade vem sempre proclamada como um dos três princípios axiológicos fundamentais em matéria dos direitos do homem, juntamente com a liberdade e igualdade. Ora, a formação história desse tríptico remonta à Revolução Francesa cuja consagração oficial em textos jurídico se fez a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. De toda foram, tanto ela como o *Bill of Rights* da Virgínia de 1776 só sagraram a liberdade e a igualdade como princípios. A fraternidade veio a ser mencionada, pela primeira vez, - e não como princípio, mas antes como virtude cívica - na Constituição Francesa de 1791, tendo o texto constitucional da Segunda República Francesa, em 1848, vindo a declarar oficialmente a tríade (ALMEIDA, 2010, p. 27).

atrapalham os campos de estudo, produzidos pelas interpretações redutivas que a fraternidade teve nos últimos dois séculos e que contribuíram para gerar uma espécie de desconfiança em relação a ela.

Como bem observou Hervada (2006, p. 146), o homem, por natureza, não é apenas *sociável* (capaz de sociedade), mas *sócio* dos demais. Embora as possíveis formas de sociedade sejam múltiplas, todas elas são desenvolvidas de um núcleo natural de sociedade, em cuja virtude o homem está - por natureza - unido aos demais por vínculos de solidariedade e comunidade.

Foram precisas as lições de Pozzoli (2013, p. 110), acerca da fraternidade como novo paradigma a ser solidificado:

A fraternidade poderá proporcionar à sociedade uma igualdade afetiva entre as pessoas, considerando a diversidade intrínseca presente no meio social, eliminando o direito à igualdade baseado em um poder soberano, ao qual todos estão subordinados. Pois assim o direito à igualdade deixa de ser efetivo em decorrência das desigualdades que ele mesmo impõe, a começar pela subordinação dos povos a um poder soberano, um poder desigual. A defesa e a aplicação da fraternidade como princípio jurídico reafirma os princípios que o norteiam, com vistas às mudanças no paradigma dominante, impondo-se tais mudanças e conceitos como um novo paradigma emergente a ser solidificado.

A realização da fraternidade interessa tanto ao Direito como ao Estado, como a eles interessa a realização da liberdade e da igualdade. Sobre a Fraternidade, Mendes (2013, p. 02) se manifesta lembrando que:

No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade.

Na lente de observação de Brito (2013), a Fraternidade significa apenas que precisamos de uma sociedade que evite as discriminações e promova as chamadas ações afirmativas ou políticas públicas afirmativas de integração civil e moral de segmentos historicamente discriminados, como o segmento das mulheres, dos deficientes físicos, dos idosos, dos negros, e assim avante.

Prefaciando o livro *Fraternidade como Categoria Jurídica*, Munir Cury bem lembrou o magistério de Chiara Lubich, a qual afirma que "os obstáculos para a harmonia da convivência humana não são apenas de ordem jurídica, ou seja, devidos à falta de leis que

regulem esse convívio; dependem de atitudes, mais profundas, morais, espirituais, do valor que damos à pessoa humana, de como consideramos o outro" (PIERRE, 2013, p.5).

Carlos Augusto Alcântara Machado (Pierre, 2013, p. 75) foi categórico ao afirmar que "se a evolução tecnológica não for completada pela harmonização ética, fundada nos Direitos Humanos, a humanidade tenderá à desagregação social, em razão da fatal prevalência dos mais fortes sobre os mais fracos".

Se é verdade que o conceito de fraternidade encontra raízes na teologia cristã, também é verdade que esse conceito se emancipou definitivamente dessa tradição, como se verá, adquirindo legitimidade própria e ocupando um lugar novo na função da hermenêutica, adotando uma feição humanista, como forma de implementar os princípios consagrados do Direito Natural.

Nesse particular foi muito bem a ministração de Pozzoli (2001, p. 177), afirmando que os princípios humanistas podem “apontar para a solução de problemas que incomodam ou perturbam a consciência contemporânea dos chamados operadores do direito”.

O Direito precisa de novos paradigmas. Pode haver muitas teorias e pensamentos para esse novo estágio da ciência jurídica, mas ela terá sempre que ter um tom humanista, do ser humano, solidário, altruísta, fraterno, que implementa a justiça a partir do "outro". A forma de implementação do Direito Natural pela fraternidade será objeto de estudo.

### **4.3 Humanismo moderno em Luc Ferry**

Conforme exposto nos capítulos anteriores, no período da revolução científica que começa no século XVI, marca o XVII e XVIII, também chamado período das “Luzes”, já que que os pensadores tinham como objetivo difundir a luz da razão na consequência do povo. Os filósofos acreditavam profundamente no poder da razão e, mais ainda, no poder do homem modificar verdadeiramente as condições de sua existência.

Afinal, a luta dos filósofos chamados de iluministas está na origem de uma das transformações sociais mais radicais de todos os tempos, que se deu, para o bem e para o mal, com a Revolução Francesa. O elo que os ligava era, mais do que uma crença, uma certeza: a de que alguns valores humanos são eternos, ainda que não existam por si mesmos. “Eternos” porque, sem eles, o próprio sonho de ser homem perde o seu sentido.

Kant, uma das personalidades mais ilustres do iluminismo alemão, deixou-nos uma das melhores definições desse movimento. Para ele, o Iluminismo representava a

emancipação do homem da tutela que ele próprio impôs a si, ao se deixar dominar pelos outros e não por sua própria razão. “Faça uso da tua razão!”: eis o lema do Iluminismo para Kant.

Para Luc Ferry<sup>114</sup>, há uma revolução na vida privada que balançou nossas existências, dando um novo princípio de sentido, que exige uma nova Filosofia. É o que chama de "Segundo Humanismo". Para esse pensador francês, o primeiro foi o Humanismo da lei e da razão, era do Iluminismo e dos direitos humanos, dos republicanos franceses e de Kant.

Já esse Segundo Humanismo é um humanismo da fraternidade e da simpatia. O ideal que ele visa a realizar não é o dos nacionalismos, nem o das ideias revolucionárias. Não se trata mais de organizar os grandes massacres em nome de princípios mortíferos que se acreditava serem exteriores e superiores à humanidade, mas de preparar o futuro para os que nós amamos mais, o das gerações futuras.

E acrescenta esse pensador francês:

O que nós vivemos não é de forma alguma a liquidação do sagrado, o eclipse dos valores (da espiritualidade), mas sua encarnação em nova face, a da humanidade. Vivemos o nascimento de uma nova face do Humanismo, que não é mais aquele de Voltaire e Kant, dos direitos do homem e da razão, desses iluminismos que portaram, é verdade, um vasto projeto de emancipação, mas que conduziram também ao imperialismo e à colonização. Trata-se, ao contrário, de um humanismo pós-colonial e pós-metafísico, da transcendência do outro e do amor.

Falo de uma espécie de revolução copernicana que, em lugares dos princípios fundadores antigos- o cosmos dos gregos, o Deus das grandes religiões, o cogito, a Razão e os direitos do humanismo republicano -, faz do amor, da amizade, da fraternidade o novo pedestal de nossos valores e o colocar de nossas preocupações (FERRY, 2012, p. 17).

Bem observou Ferry que antigamente as pessoas se sacrificavam pela revolução, pela pátria ou até por Deus<sup>115</sup>. Todavia, hodiernamente os motivos não são abstrações ideológicas, mas os seres reais, as pessoas. O autor denomina essa mudança como "a sacralização do amor".

---

<sup>114</sup> Luc Ferry (nasceu a 1º de janeiro de 1951 em Colombes no departamento de Hauts-de-Seine, França), é um filósofo francês e antigo professor de Filosofia e político engajado em favor da União para um movimento popular (UMP). Ele foi Ministro da Educação Nacional, na França, sob o governo de Jean-Pierre Raffarin de 2002 a 2004.

<sup>115</sup> Bem expôs Ferry que, para a imensa maioria dos europeus de hoje, os únicos seres pelos quais estaríamos dispostos a arriscar nossas vidas são os humanos, a começar por nossos próximos, nossos filhos, evidentemente, mas com certeza não por entidades abstratas. Especialmente nas novas gerações, mais ninguém ou quase (sempre há exceções que justificam a regra) está disposto a morrer pelas três entidades maiores que constituíram, no sentido que a entendo, história do sagrado na Europa: Deus, pátria, revolução (FERRY, 2013, p. 110).

E pergunta: Vivemos mesmo, como alguns acreditaram, o desencanto do mundo e a era do vazio, o fim de todos os princípios de sentido de todas as figuras do sagrado, de todos os apegos éticos fortes?

Sem intervalo, responde que não vivemos o fim do sagrado, mas a sacralização do outro; não o desaparecimento de toda a espiritualidade, mas, como se diz na história das ciências, uma mudança radical de paradigma que provoca o surgimento de novas aspirações a uma sabedoria do amor sem a qual não existe uma vida boa (FERRY, 2012, p.24).

Ora, o Segundo Humanismo tem fundamento nesse novo sagrado, ou seja, no amor ao outro. O primeiro Humanismo<sup>116</sup>, também chamado pelo pensador francês como o das Luzes, esteve centrado no cidadão, no homem jurídico de direito, que exerce uma relação, no caso da democracia, de súdito e soberano ao mesmo tempo, ao passo que esse segundo Humanismo considera as paixões dos indivíduos.

Não está mais em jogo o Humanismo da razão e dos direitos, mas um Humanismo tomado pelas emoções e, sobretudo, pela afetividade nas relações de parentesco e de amizade que rompe com uma tradição metafísica, baseada em transcendências, e se firma na imanência do mundo.

E continua sua lição:

É, ao contrário, um humanismo pós-colonial e pós-metafísico, um humanismo da transcendência do outro e do amor, e são necessárias novas categorias filosóficas para pensá-lo, categorias que não pertence mais à metafísica clássica, categorias que supõem que se pense depois do que Nietzsche chamava de “crepúsculo dos ídolos”, para além de qualquer ideia de volta às antigas visões de mundo (FERRY, 2013, p. 25).

Da análise, percebe-se que esse filósofo francês se esforça para romper o pensamento abstrato e transcendental, embora reafirmando valores cristãos, como bondade, benevolência e o respeito pelo próximo. Procura se afastar da pauta religiosa, portanto, transcendental, aproximando-se da Filosofia prática.

Ao final, faz uma referência à necessidade do outro para - ao “sair de mim”, a me superar, a me afastar de meu ego - estabelecer um perfeito humanismo, através de um fraternalismo laico. Esse será o próximo desafio deste trabalho.

---

<sup>116</sup> Ainda na mesma lição, para Ferry o primeiro Humanismo, o Humanismo de Kant e de Voltaire, do direito e da razão, é também um Humanismo da nação. Os direitos do homem, que ele situa no topo da hierarquia dos valores morais, não são inteiramente direitos do homem de modo geral e absoluto, mas apenas direitos do homem e do cidadão.

#### 4.4 Humanismo Fraternal como ideia de Justiça

Sobre o tema, é importante invocar a obra de Maria Inês Chaves de Andrade intitulada "A fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever Ser na Dialética dos Opostos de Hegel"<sup>117</sup>, que trata a ideia de fraternidade em Hegel, buscando aferir, a partir da *Fenomenologia do Espírito*, os parâmetros teóricos para a concepção da ideia de justiça social alicerçada para além de liberdade e igualdade, sobre a ideia de fraternidade advindas todas da Revolução Francesa.

Assim, tomando a fraternidade como direito fundamental (Direito Natural) ou o homem como ser humano, busca-se a necessária coincidência entre o *ser* e o *dever ser* na dialética dos opostos de Hegel para a realização da ideia de humanidade, quando o homem que é deixa que o outro seja, por meio do dever ser que permite o vir a ser desse homem que, sendo ser humano, reconhece no outro o vir a ser daquilo que é, encontrando na fraternidade o sentido da própria humanidade (ANDRADE, 2010, p. 24).

Mas o que é ser humano? A resposta tem relevância, pois a ideia de humanidade não tem sua origem na religião, antes tem significado próprio extraído da expressão "ser humano". Maria Andrade não adentra na questão do que é o homem, mas desenvolve a ideia a partir de quem é o homem na consciência de quem é, e sendo não pode ser outra coisa senão o que conhece de si.

Para a autora, a humanidade se revela no plano social, haja vista que dirigida aos outros, como se põe a própria justiça na acepção de Aristóteles. Tem-se, então, que a humanidade é uma disposição do espírito do homem que se resplandece na presença de outro homem. Humano é o ser humano diante do outro que, sendo também humano, se revela àquele e ao que se põe adiante desse modo, e assim sucessivamente até o limite da humanidade que se esgota em si mesma, fraternalmente<sup>118</sup> (ANDRADE, 2010, p. 41).

Em outras palavras, o homem só é humano na presença de outro homem. Assim, para conceituar o ser humano há de se desdobrar o todo, homem e humano, uma vez que não há como identificá-los imediatamente. Para a autora, o homem é um conceito que aparece como

---

<sup>117</sup> Para Hegel, uma proposição (tese) não pode se pôr sem se opor a outra (antítese) em que a primeira é negada, transformada em outra que não ela mesma ("alienada"). A primeira proposição se encontrará finalmente transformada e enriquecida numa nova fórmula que era, entre as duas precedentes, uma ligação, uma "mediação" (síntese). Ser, sem qualquer qualidade ou determinação - é, em última análise, não ser absolutamente nada, é não ser! O ser, puro e simples, equivale ao não-ser (eis a antítese). É fácil ver que essa contradição se resolve no vir-a-ser (posto que vir-a-ser é não mais ser o que se era). Os dois contrários que engendram o devir (síntese), aí se reencontram fundidos, reconciliados.

<sup>118</sup> *Frater* designa qualquer membro da espécie humana, da *familia humana*.

totalidade imediata e em si, mas como ser humano é necessário que a essência se revele por meio de outro homem e o ser humano explique o homem para si. Uma sociedade de homem não é necessariamente uma sociedade humana (ANDRADE, 2010, p. 53).

E prossegue dizendo que:

Põe-se que o homem nem sempre é humano se sua essência não se revela. Se não há outro para que a humanidade se conforme entres seres fraternos, não temos uma humanidade, mas uma comunidade de homens iguais e a si mesmo, individualmente indeterminados porque a nenhum há o outro para que a essência lhes diga quem são e o que contêm em si. Ser simplesmente homem sem que haja a fraternização com o outro não há como dizê-lo ser humano, mas puramente homem. Ser homem não é ser nada, mas saber-se em si.

É oportuno tomar o exemplo da história de Tarzan para melhorar o exercício mental da assimilação. Criado na selva, apartado do contato de outro humano, Tarzan não sabe o que é em si. A partir de sua oposição aos macacos, ele percebe que não é um deles, mas ainda não sabe de si, ou seja, na literalidade do espelhamento nas águas que revelam sua dissonância com a espécie de símios. Somente com a presença do outro no qual ele se reflete é que Tarzan se identifica como homem. Em outras palavras, somente tem sua identidade imediatizada pela presença do outro homem, evidenciando a potencialidade de vir-a-ser humano.

Todavia, o simples fato de se identificar como homem não traz à revelação enquanto essência, ou seja, o homem e o ser humano são o *em si* e o *para si* no movimento da essência, posto que essência humana designa o ser que como homem encontra nela a consciência do que é (ANDRADE, 2010, p. 54).

No escólio de Salgado (1996, p. 136), “o homem na aparência dos seus atos não mostra o que é em si senão no momento em que a exterioridade do seu ato tem a mediação do seu interior, que se denomina intenção e liberdade”.

O que se quer dizer é que o homem é distinto do ser humano porque, como ser que não é sendo nada, sabe-se nada já que pensa a si mesmo imediatamente e não por meio do outro. Sendo homem e não sendo nada, por lhe faltar essência, o ser humano é o *vir-a-ser* do homem. Em outros termos, o homem em si não é *ser* humano, mas um *vir-a-ser* humano.

Uma existência real demanda que se realize e se determine. Para que o homem exista é necessário que sua essência se manifeste, haja vista que enquanto ser e nada, enquanto homem em si, é pura indeterminação, porque não pode encontrar apoio ou descanso no seu infinito mover-se entre ser e não ser (SALGADO, 1996, p. 58).

Pode-se dizer que o homem vai descobrir sua suma essência no outro, oportunidade em que recupera sua unidade no reconhecimento de ser humano. Em outras palavras, indeterminado em si sendo homem e nada é nada. O tornar-se humano, o *vir-a-ser* humano é o resultado, o fazer-se à medida que se faz presente, que existe, o devir que reúne ser e nada e se apresenta (ser presente) ao outro. Então, apenas a partir do outro o ser humano é *ser* como tal (ANDRADE, 2010, p. 59).

Nesses termos, o homem em si só revela sua própria essência para si, a essência humana, à medida que sua vontade racional, própria do homem em si, se pensa porque livre e enquanto pensamento livre pensa sobre os que pensam, outros homens, e por isso mesmo livres como ele.

E conclui Maria Inês (ANDRADE, 2010, p. 60) que, nessa ação de pensar-se no outro, própria do homem, ele só vai poder concluir pela ideia de ser humano à medida que conhece a liberdade dos outros homens não como coisa possuída, mas como condição do ser homem na sua efetividade.

A autora utiliza-se da lição de Hegel<sup>119</sup> que, opondo a contradição no núcleo do pensamento e das coisas simultâneas, denuncia que o pensamento procede por meio de contradições superadas, da tese à antítese e, daí, à síntese, como em um diálogo em que a verve surge a partir da discussão e das contradições.

Maria Inês (ANDRADE, 2010, p. 65) lança a conclusão:

Portanto, ser homem, sem qualquer qualidade ou determinação, é, em última análise, não ser absolutamente nada, é não ser! O ser, puro e simples, equivale ao não-ser (antítese). É fácil ver que essa contradição se resolve no *vir-a-ser*, o ser humano (posto que *vir-a-ser* é não mais ser o que se era). Os dois contrários, homem e ser humano que engendram o devir (síntese), aí se reencontram fundidos.

---

<sup>119</sup> Um exemplo célebre da dialética hegeliana que será um dos pontos de partida da reflexão de Karl Marx. Trata-se de um episódio dialético tirado da Fenomenologia do Espírito, o do senhor e o escravo. Dois homens lutam entre si. Um deles é pleno de coragem. Aceita arriscar sua vida no combate, mostrando assim que é um homem livre, superior à sua vida. O outro, que não ousa arriscar a vida, é vencido. O vencedor não mata o prisioneiro, ao contrário, conserva-o cuidadosamente como testemunha e espelho de sua vitória. O Senhor é senhor porque assim realiza seus desejos de ser reconhecido como tal pelo escravo. Mas é a consciência do escravo que reconhece o outro como senhor, logo é necessário que a consciência dos dois antagônicos se juntem para que exista tanto a consciência de um como de outro.

O que se quer dizer é que para ser humano e realizar a humanidade é necessita-se do outro, pois é pela exigência do outro que se manifesta a humanidade do homem. Ambos são carentes mutuamente. Ser humano na linguagem hegeliana é o *ser-para-si*<sup>120</sup>.

A tese apresentada assenta-se no conceito de homem como imediatidade, existência. A realidade efetiva se manifesta quando a essência se exterioriza na existência, quando ocorre a manifestação de si mesmo, do ser humano por intermédio do homem. A ideia de humanidade enquanto fraternidade de homens livres e iguais está no momento imediato quando se dá a superação da dualidade *homem* e *ser humano*.

Feliz a lição de Salgado (1996, p. 214):

A humanidade enquanto ideia é a culminância da realização plena de ser humano. Assim posto, o ser fraterno que é e uma fraternidade que deve ser releva a subjetividade, ou melhor, o sujeito de uma ação de ser. O homem sabe em si como é, mas sabe, também que sua "vontade visa precisamente fazer do mundo o que deve ser" a partir da razão.

Na afirmação de Aristóteles em ser o homem um animal político, pode-se extrair que, além de fazer distinção de racionalidade entre o animal homem e os outros animais, estava a assentar que o homem se constitui homem na experiência concreta de sua atuação na *polis*.

Quando o homem se realiza como ser humano, realiza a liberdade. A mediação com o outro proporciona a consciência de igualdade. O homem é fraterno na mesma proporção em que é livre e igual. O homem não é apenas livre em si, mas para si tem a consciência da liberdade por meio da liberdade do outro, na realização da fraternidade, na ação de ser humano a partir do outro que, sendo, deve ser humano também (ANDRADE, 2010, p. 94).

É por meio da fraternidade que o homem termina por conquistar e compreender sua liberdade e igualdade em relação aos outros homens. Exatamente por ter a consciência de que é livre e igual é que o homem tem o Direito Natural de ingressar em uma ordem jurídica que os fraterniza. Nisso reside o Direito Natural à fraternidade.

---

<sup>120</sup> Tomando de Hegel a intitulada *dialética dos opostos*, cuja característica fundamental é a negação, em que a positividade se realiza por meio da negatividade, do ritmo de tese, antítese e síntese, é possível verificar que ela resolve e compõe em si mesma o elemento positivo da tese e da antítese. Assim, o homem enquanto elemento da realidade, estabelecendo-se a si mesmo como ser humano (tese) e não esgotando o Absoluto de que é um momento, demanda seu oposto, a desumanidade (antítese), que nega e qual integra, em uma realidade mais rica, a humanidade propriamente dita (síntese), para daqui começar de novo o processo dialético (ANDRADE, 2010, p. 86).

Em outras palavras, a ideia de fraternidade é a vontade de liberdade do homem na expressão de sua essência a partir da ação de ser humano, a liberdade de todos no plano universal conforme a ideia de uma humanidade livre.

E arremata Maria Inês (ANDRADE, 2010, p. 103):

Mas a ideia de fraternidade conforma a do ser humano que deve ser antes de poder ser. Se sabe ser livre o homem que é, o ser humano em si só efetiva essa liberdade quando se põe para si por intermédio do outro no exercício de sua humanidade. É preciso ser humano para, então, ser livre. A liberdade decorre da humanidade. E é a ação de ser humano que realiza a humanidade.

Na feliz lição de Salgado (1996, p. 310), fora da fraternidade, a igualdade e a liberdade são produzidas por uma vontade geral que não se generaliza e seu entendimento permanece abstrato. A organização racional da vida na história do homem por meio do direito para a realização da liberdade só se dará na fraternidade. E conclui que:

Há, então, um duplo sentido da fraternidade, qual seja, o direito de ser humano (fraternidade do sujeito da ação de ser) e o dever ser humano, que impõe a observância à lei, seja esta a lei da racionalidade que perscruta a realização da humanidade no seu *maximum ético*, a fraternidade real, sejam os direitos humanos, com o Estado preservando e executando as leis, nunca alteradas pelo arbítrio de qualquer indivíduo, mas, antes, submetendo a todos sem distinção, porque iguais e livres.

O ser humano deve ser humano na expressão da racionalidade descoberta, sendo a lei jurídica produto dessa vontade racional, consciente e ideal, criação do homem enquanto ser humano. À medida que ser humano deve ser humano na expressão da racionalidade descoberta por intermédio do outro, a fraternidade torna-se racional.

Não foi por outro motivo que a fraternidade reconhecida pelo homem que se reconhece ser humano, também, perfaz uma declaração universal e se torna direito. Tanto é assim que a declaração universal dos direitos do homem reconhece que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos; que são dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup> DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, adotada e proclamada pela resolução 217, A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Preâmbulo.

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra,

Considerando ser o Estado uma organização de poder em que as formas objetivas da liberdade (normas e instituições) se encontram e se realizam com a liberdade subjetiva, é nesse mesmo Estado que o ser humano se põe para si por intermédio do outro enquanto cidadão, pessoa humana, ou seja, é no Estado que a essência humana se revela e onde o vir-a-ser do homem que é se vai conformando ser humano<sup>122</sup>.

O Estado pós-revolucionário expôs a certeza de que todos são livres, e, de pronto, o homem diz de si que é ser humano. Por essa assertiva, conclui Salgado (1996, p. 402) que:

[...] o Estado é o caminhar de Deus no mundo, seu fundamento é a força da razão que se realiza como vontade; é por intermédio do Estado que tanto a liberdade como a humanidade vão se realizar como vontade do homem. Ora, o Estado é impensável sem o homem como ser livre e humano, bem como o homem é impensável sem o Estado, haja vista que é por meio dele que a liberdade e a humanidade se realizam. Fora do Estado, o homem está fora de sua essência.

Em resumo, a dialética especulativa de Hegel explorada por Andrade, nos permite opor *ser humano e homem*. Essa oposição homem-ser humano se resolve no Estado. Ora, o Estado racional cuja característica é realizar a liberdade como subjetiva no seu aspecto universal, refere-se, nessa universalidade, ao ser humano, o sujeito da ação de ser humano que

---

de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,

Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

A Assembléia Geral proclama

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Artigo I

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com *espírito de fraternidade*. [GRIFO NOSSO]

<sup>122</sup> O Estado Liberal, de finalidade privada, onde o indivíduo é fim para si mesmo tomando os outros apenas como meio para a satisfação individual no sistema de necessidades, não se sustenta como não se sustenta o Estado de Platão, que toma a universalidade na desconsideração da pessoa, o indivíduo livre, o sujeito (ANDRADE, 2011, p. 163).

se quer racionalmente livre; e não ao homem propriamente dito, imediato, que realiza a liberdade no sentido do arbítrio (ANDRADE, 2010, p. 183).

É preciso ser humano para ser livre bem como é preciso ser livre para ser humano, assim a liberdade de todos no plano universal conforma a ideia de uma humanidade livre. A ideia de humanidade conforma a do ser humano que deve ser antes de *poder ser*. Sabendo ser livre o homem que é, o ser humano em si só efetiva essa liberdade quando se põe para si por intermédio do outro no exercício de sua humanidade. Nesse passo, o direito posto tanto mais realiza a liberdade quanto realizada a humanidade (ANDRADE, 2010, p. 241).

Importante é um esclarecimento: o estudo da fraternidade como categoria jurídica não repele as construções teóricas do Direito Positivo, antes compreende a importância e a necessidade do Direito posto, como valioso instrumento de segurança jurídica. Considera-se a fraternidade, o olhar o "eu" a partir do "outro", e tem fundamento no próprio Direito Natural.

A fraternidade remete à ideia de "outro" que não sou eu nem meu grupo social, mas o "diferente" diante do qual tenho deveres e responsabilidades, e não somente direito a opor. Essa fraternidade não broca do fideísmo metafísico, não tem lugar na concepção teocrática, mas provém da própria razão humana, do homem enquanto ser humano.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das várias questões filosóficas analisadas ao longo do presente trabalho, depreende-se que a relação entre Direito Natural e Direito Positivo permanece um problema em aberto, desafiando a reflexão de pensadores de diversas gerações, na busca incessante por estabelecer um conceito e natureza do próprio Direito, capaz de exibir seus títulos de validade e fundamentação.

Questão que acompanha a reflexão sobre o Direito desde a Filosofia clássica, passando pelos pensamentos racionalistas na Idade Média, chegando aos dias atuais, o Direito Natural está presente no debate filosófico como um ideário de justiça, todavia com um conteúdo metodológico incerto e impreciso. A oposição entre Direito Natural e Direito Positivo acabou por fixar-se na disputa entre positivistas e não-positivistas, no campo da ciência jurídica. Se todos os positivistas radicais sustentam a tese da separação entre Direito Positivo e Direito Natural, quando não negam a existência deste último, seus adversários invocam a perspectiva do Direito Natural como para fornecer a base fundacional do Direito legítimo.

Portanto, os não-positivistas invocam a necessidade de estabelecer um paradigma de validade para direito positivado nos ordenamentos, sem o qual haveria faltaria de padrão ético consistente para a justiça dos ordenamentos positivos. Sobre essa questão, preciso é o ensinamento de Hervada (2006, p. 75) que, para fundamentar a existência do Direito Natural, socorre-se do axioma segundo o qual "todo o fato cultural depende de dados naturais", ou seja, "a busca pelo *dever-ser* já pressupõe a exigência metafísica do *ser*".

Assim como é bastante elucidativo o escólio de Chahrur (2012, p. 14):

Considerar que o Direito Positivo prescinde de uma base natural de validade, à moda do convencionalismo positivista, significaria compreendê-lo como uma *criação* humana no sentido literal do termo, implicando algo que exsurge do nada (*ex nihilo*), quando o homem, em verdade, apenas *inventa* objetos segundo a etimologia desta expressão, ou seja, a de encontrar ou construir algo sempre a partir daquilo que existe.

Extrai-se, em conclusão, que o que rege a sociedade é sempre um Direito real e concreto, um direito positivo. Este, porém, por um lado, planta suas raízes, em termos de legitimação e validade, no âmbito das referências axiológicas que são consideradas naturais e ínsitas à natureza humana; por outro lado, porém, tem também uma contra-parte convencional

ou positiva. Nossa tese é que esses dois âmbitos interagem e se completam, ao invés de se oporem e excluírem-se mutuamente.

O problema está justamente em admitir a existência de dois Direitos, que atuam em paralelo - um Natural e outro Positivo. Se os positivistas, ao fazer uma comparação entre esses dois domínios, negam a existência do Direito Natural, em razão de sua natureza metafísica, incapaz de prover qualquer sanção, bem como de satisfazer exigências lógicas e epistemológicas para que possa ser cientificamente levado em consideração, os opositores do positivismo contra-argumentam com a necessidade de justificação e legitimação teórica para os conteúdos substanciais dos ordenamentos jurídicos historicamente existentes.

A doutrina do Direito Natural foi dominante nos séculos XVII e XVIII; após rápido declínio no século XIX, voltou à pauta da filosofia social e do direito nos séculos XX e XXI, em consequência de duas guerras mundiais e da reação contra o comunismo e o liberalismo, sob a forma histórica dos Direitos Humanos ou Humanismo, tentando divorciar-se da origem metafísico-religiosa.

Como afirmou Sen (2011, p. 401),

[...] os Direitos Humanos são pretensões éticas constitutivamente associadas à importância da liberdade humana, e a solidez de um argumento apresentando determinada pretensão como direito humano deve ser avaliada pelo exame da discussão racional pública, envolvendo uma imparcialidade aberta.

Em uma sociedade leiga e pluralista, em termos de cosmovisões, não é fácil estabelecer um consenso acerca de valores e de referências fundamentais para o estabelecimento de códigos normativos, como os jurídicos. Razão pela qual a reflexão sobre o direito e a ética desempenha em nossos dias um papel fundamental. Para Pozzoli e Melo (2012, p. 157),

O direito, hoje, deve ser visto, também, como um direito que tem uma função promocional, que interessa por comportamentos tidos como desejáveis e, por isso, não se circunscreve a proibir, obrigar ou permitir, mal almeja estimular comportamentos, através de medidas diretas e ou indiretas.

Vivemos, pois, uma nova época, que exige um novo direito, uma nova ética, um novo formato para o pensar normativo. Um mundo pós-moderno, no qual problemas da modernidade se agravam e adquirem novas dimensões, levando à incerteza, impelindo até mesmo para um ceticismo crônico. Há, portanto, necessidade de estabelecer uma aproximação entre o ideal e o real nas relações humanas, ou seja, argumentar em prol da possibilidade de

amar as pessoas ao redor, de ser generoso, de dar sentido à existência, sem que isso implique nenhum déficit de fundamentação teórica.

Em última instância, podemos dizer que no mundo moderno, diante dos perigos que ameaçam a sobrevivência da sociedade, temos dois caminhos: (i) continuando nossa marcha retroagiremos no estado de natureza, na luta de todos contra todos; (ii) ou usamos da razão para procurar alternativas para a sobrevivência da raça humana.

A relação entre o perigo do retrocesso e a necessidade de haver uma humanidade não passou incólume no magistério de Giacoia Junior (2013, p. 132), posto que invocou a responsabilidade ética com vistas a preservar um ser portador de valor intrínseco, em que está exposta a destruição pelo poder tecnológico e desenvolvido pelo homem. Nesse particular, cita Hans Jonas:

O potencial apocalíptico da técnica - sua capacidade de pôr em perigo a sobrevivência do gênero humano ou corromper sua integridade genética, ou alterá-la discricionariamente, ou até mesmo destruir as condições de uma vida elevada sobre a Terra - coloca a questão metafísica, com a qual a ética nunca fora antes confrontada, qual seja: se é por que deve haver uma humanidade; por que, portanto, o homem deve ser mantido tal como a evolução o produziu; por que deve ser respeitada sua herança genética; sim, por que, em geral, deve haver vida.

Esse humanismo pós-kantiano, pós-nietzschiano, pós-republicano, não será mais apenas um humanismo dos direitos e da razão, mas também da emoção e da afetividade, o que levará, especialmente por preocupação com a alteridade, a romper com o imperialismo colonial que caracterizava o primeiro Humanismo, apesar de suas pretensões ao universalismo.

Depois do princípio cósmico, do princípio teológico e do princípio humanista entendido no sentido racionalista das luzes, depois da desconstrução e da ética da autenticidade ou do culto de si mesmo que a acompanha, é o ideal do amor, da fraternidade e da simpatia que entra em cena.

Impõe-se a ideia de que a vontade humana, desde que se torne comum a todos, presente o Direito Natural ao respeito mútuo, possa fazer reinar o bem e trazer a salvação a todos, e esse feliz acontecimento não se produzirá no céu, após a morte, mas aqui e agora.

Assim é que vivemos hoje um acontecimento histórico da maior importância, o surgimento de uma nova visão moral do mundo comparável em amplitude às antigas. Esse novo Humanismo tem como principal predicado a fraternidade, não tendo como fundamento

um Deus, uma pátria ou uma grande causa, mas o ser humano. Por ele e para ele é que terá sentido nossa existência.

De tudo se extrai uma conclusão: se não é possível menosprezar as bases teóricas do Direito Positivo, impossível, de igual forma, desprezar as bases ideológicas do Direito Natural, tendo do Humanismo fraternal como elemento conciliador dessa relação.

Nesse cenário, são precisas as palavras do prêmio Nobel da Paz de 1994, Shimon Peres, para quem "há duas questões em que devemos fechar os olhos e nos entregar: *O amor e a paz*" (BERCITO, 2013).<sup>123</sup>

Em última análise, experimentamos uma reconfiguração social que exige indagações éticas sobretudo acerca de nossa própria existência com seres naturais, humanos que somos, e, por consequente, exigindo do Direito - ordenação normativa de condutas - um viés humanista.

Esse novo pensar não se limita a simples reflexões abstratas sobre a ideia de justiça, desprovidas de conteúdo material, antes abre um novo horizonte para indagações urgentes e necessárias para a sobrevivência da espécie humana.

---

<sup>123</sup> Entrevista ao jornal Folha de São Paulo, n. 30.875, p. A18.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética & Retórica**. Para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 1. ed. São Paulo: 2011.

AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O princípio esquecido**: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar e José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2008.

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma teológica**. In: OLIVEIRA, Carlos-Josaphat Pinto de. Tradução de Aldo Vannucchi e Outros. Direção Gabriel C. Galache e Fidel García Rodríguez. Edição Joaquim Pereira. São Paulo: Loyola, 2005. v. IV, parte II, seção I, questões 49 a 114.

ANDRADE, Maria Inês Chave de. **A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel**. Coimbra: Editora Almedina, 2010.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 1979.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. 3. ed. Brasília: UNB. 1985.

ASSIS, Olney Queiroz. **O estoicismo e o direito**: justiça, liberdade e poder. São Paulo: Lúmen, 2002.

BAGGIO, Antonio Maria. **O princípio esquecido**. São Paulo: Editora Cidade Nova, 2008. v. 1.

BARCELOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Disponível em: <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf)>. Acesso em: 14 jul. 2012.

BERCITO, Diogo. Não houve mudança no Irã; fatos contradizem discurso, diz Shimon Peres. **Folha de São Paulo**. Publicado em: 14 out. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2013/10/1356212-nao-houve-mudanca-no-ira-fatos-contradizem-discurso-diz-shimon-peres.shtml>>. Acesso em: 21 out. 2013.

**BÍBLIA SAGRADA.** Referência de Thompson. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: Editora Vida, 2002.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito.** 9. ed. São Paulo: Atlas 2011.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant.** Tradução de Alfredo Fait. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

\_\_\_\_\_. **A era dos direitos.** Tradução de Celso Lafer. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Planalto. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2012.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 363.889/DF.** Relator: Dias Tóffoli. Diário de Justiça: publicado em 02 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE363889.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Constitucional nº. 101/DF.** Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Diário de Justiça Eletrônico: publicado em 24 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5349256/emb-decl-na-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-101-df-stf>>. Acesso em: 19 mai. 2013.

BRITO, Carlos Ayres. **VOTO.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoBrittoInativos.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CHAHURUR, Alan Ibn. **As perspectivas do conhecimento jurídico a partir de Kelsen e Hervada.** Dissertação (Mestrado em Direito) UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília, 2012.

**DECLARAÇÃO universal dos direitos do homem e do cidadão - 1789.** Biblioteca USP. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-dasNa%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

DEL VECCHIO, Giorgio. **A justiça.** Tradução de Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1960.

\_\_\_\_\_. **Lições de filosofia do direito.** Tradução de Antonio José Brandão. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

FERRY, LUC. **A revolução do amor: por uma espiritualidade laica.** 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais.** 1. ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2007.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. **Heidegger urgente: uma introdução a um novo pensar.** São Paulo: Três Estrelas, 2013.

\_\_\_\_\_. **A preguiça e a melancolia.** Gravado em 15 de março de 2013. CPFL Tv Cultura. Disponível em: <<http://www.cpflcultura.com.br/2013/03/15/a-preguica-e-a-melancolia-com-oswaldo-giacoina/>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional.** Fortaleza: Ed. Universidade Federal do Ceará, 1989.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1985.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito.** Tradução de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense 1990.

HANS, Jonas. **O princípio responsabilidade.** Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto - Ed. PUC-Rio, 2006.

HECK, Luís Afonso. **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2010.

HERVADA, Javier. **A moderna resposta do realismo jurídico**: uma introdução ao direito. Tradução Sandra Marta Dolinsky. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Paulo Barrera. São Paulo: Ícone, 2005.

\_\_\_\_\_. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. 1. ed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

LIMA, Alceu Amoroso. **Os direitos do homem e o homem sem direitos**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1974.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2006. Coleção Primeiros Passos.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Abril Cultural, 1973. v. 18. Coleção “Os Pensadores”.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **Hugo Grócio e o Direito**: o jurista da guerra e da paz. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

MARITAIN, Jacques. **Os direitos do homem e a lei natural**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1967.

MENDES, Gilmar. **A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster\\_port.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf)>. Acesso em: 26 abr. 2013.

MENDONÇA, Jacy de Souza. In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. (Org.). **Direito Natural - uma visão humanista**. 1. ed. São Paulo: Cidade Nova, 2012.

MONTORO, André Franco. **Estudos de filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. A cultura dos direitos humanos: importância da Declaração dos Direitos do Homem no século XX. In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; BUENO, Roberto (Orgs.). **50 anos de direitos humanos**. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2003.

MOURA, Osvaldo Junior. **A Pena Alternativa de Prestação de Serviços à Comunidade ou a entidades públicas como paradigma emergente na reconstrução e eficácia do sistema punitivo penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília, 2008.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NALINI, José Renato. **Uma nova ética para o juiz**. São Paulo: RT, 1994.

NALINI, José Renato. Perspectivas Próximas para o Direito Natural. In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. (Org.). **Direito Natural - uma visão humanista**. 1. ed. São Paulo: Cidade Nova, 2012.

PIRES, Natacha Ferreira Nagao; SIMÕES, Alexandre Gazetta. **Ensaio sobre a história e a teoria do direito social**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

PEREIRA, Maria Helena da Rocha. **Estudos de história da cultura clássica**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

PEREIRA, Aloysio Ferraz. **História da filosofia do direito: das origens a Aristóteles**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

PIERRE, Luiz Antonio de Araujo. **Fraternidade como categoria jurídica**. 1. ed. Vargem Grande Paulista: Ed. Cidade Nova, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

POZZOLI, Lafayette; MELO, Marcos Oliveira de. Ensaio a partir do Brasil: Direito subjetivo na perspectiva do Direito peninsular. In: Natacha Ferreira Nagao; SIMÕES, Alexandre Gazetta. (Org.). **Ensaio sobre a história e a teoria do Direito Social**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012, v. 1.

POZZOLI, Lafayette. **Direito como função promocional da pessoa humana: inclusão da pessoa com deficiência – fraternidade.** In: NAHAS, Thereza Christina; PADILHA, Norma Sueli; MACHADO, Edinilson Donisete. **Gramática dos direitos fundamentais: a Constituição Federal de 1988 - 20 anos depois.** Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2009.

\_\_\_\_\_. **Maritain e o direito.** São Paulo: Loyola, 2001.

REALE, Miguel. **Direito natural/direito positivo.** São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. **Teoria tridimensional do direito.** São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do direito.** São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. **Lições preliminares de direito.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.** Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

\_\_\_\_\_. **Do contrato social.** 1. ed. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade.** 1. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1986.

\_\_\_\_\_. **A idéia de justiça em Hegel.** São Paulo: Loyola, 1996.

SANTOS, Fátima Ferreira Pinto dos. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento para a ressocialização do apenado.** Dissertação (Mestrado em Direito) UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília, 2008.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências.** Porto: Afrontamento, 1987.

SANTOS, Paulo de Tarso. Globalização e direitos humanos. In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; BUENO, Roberto (Orgs.). **50 anos de direitos humanos**. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2003.

SCHNEEWIND, Jerome B. **A Invenção da Autonomia**. Tradução de Magda F. Lopes. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

SEN, Amartya. **A idéia de justiça**. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SOUZA, Felipe Oliveira. Entre o não-positivismo e o positivismo jurídico: notas sobre o conceito de direito em Robert Alexy. **Direitos fundamentais e justiça**, nº14, jan./mar., 2011, p. 297-324.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Org). **Direito natural**: uma visão humanista. Vargem Grande Paulista: Ed. Cidade Nova. 2012.

TODOROV, Tzvetan. **A democracia e a beleza**. Gravado em 06 de setembro de 2012. CPFL Tv Cultura. Disponível em: <<http://www.cpflcultura.com.br/2013/04/25/cafe-filosofico-cpfl-a-democracia-e-a-beleza-com-tzvetan-todorov/>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. Ética e razão moderna. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; RAMOS, Ernesto Lopes (Coord.). **Ética na virada do milênio**: busca do sentido da vida. São Paulo: LTr, 1999. Coleção Instituto Jacques Maritain.

VERDI, Maria Cecília Patrícia Braga Braille. **A importância histórica do direito natural para a justiça**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005.