

27/02/09



SJK

CAPÍTULO I

O PARADIGMA DO DIREITO NATURAL

(A) Caracterização do paradigma do Direito Natural

1. Aristóteles, numa conhecida passagem da *Retórica*, estabelece uma distinção dicotômica entre lei particular e lei comum. Lei particular é aquela que cada povo dá a si mesmo, podendo as normas dessa lei particular ser escrita ou não-escrita. Lei comum é aquela conforme à natureza, pois existe algo que todos, de certo modo, adivinhamos sobre o que por natureza é justo ou injusto em comum, ainda que não haja nenhuma comunidade ou acordo.

Aristóteles, nesta passagem, cita a Antígona da peça de Sófocles, quando esta afirma que é justo, ainda que seja proibido, enterrar seu irmão Polinices, por ser isto justo por natureza. De fato, em resposta à acusação de Creonte, de que estava ela descumprindo a lei particular, Antígona evoca as imutáveis e não escritas leis do Céu, que não nasceram hoje nem ontem, que não morrem e que ninguém sabe de onde provieram.

Aristóteles, ao discorrer nesta mesma passagem sobre a lei comum, a propósito de matar coisa viva que parece a uns justo e a outros injusto, cita Empédocles: "Mas o que é lei de todos por éter que vasto domina/ continuamente estende-se e por imensurável luz".¹

A crença, para falar com Ortega,² na imensurável luz de uma lei comum que se estende *erga omnes*, e que por isso transcende a lei particular de uma determinada comunidade política, sustentou e alimentou, durante séculos, através da dicotomia Direito Natural/Direito Positivo, a reflexão metajurídica na civilização ocidental.

É certo que o termo Direito Natural abrange uma elaboração doutrinária sobre o Direito que, no decorrer de sua vigência mul-

tissecular, apresentou — e apresenta — vertentes de reflexões muito variadas e diferenciadas, que não permitem atribuir-lhe univocidade. Existem, no entanto, algumas notas que permitem identificar, no termo Direito Natural, um paradigma de pensamento. Entre estas notas, que determinam o que uma doutrina do Direito Natural normalmente considera merecedor de estudo, podem ser destacadas: (a) a idéia de *imutabilidade* — que presume princípios que, por uma razão ou outra, escapam à história e, por isso, podem ser vistos como intemporais; (b) a idéia de *universalidade* destes princípios metatemporais, “*diffusa in omnes*”, nas palavras de Cícero; (c) e aos quais os homens têm acesso através da *razão*, da *intuição* ou da *revelação*. Por isso, os princípios do Direito Natural são *dados*, e não postos por convenção. Daí, (d) a idéia de que a função primordial do Direito não é comandar, mas sim *qualificar* como boa e justa ou má e injusta uma conduta, pois, para retomar o texto clássico de Cícero, a “*vera lex*” — “*ratio naturae congruens*” —, por estar difundida entre todos, por ser “*constans*” e “*sempiterna*”, “*vocet ad officium jubendo, vetendo a fraude deterreat*”. Essa qualificação promove uma contínua vinculação entre norma e valor e, portanto, uma permanente aproximação entre Direito e Moral.³

Estas notas conferem ao Direito Natural, no contexto deste paradigma de pensamento, preeminência em relação ao Direito Positivo. De fato, este, por ser um *jus in civite positum*, caracteriza-se pelo particularismo de sua localização no tempo e no espaço. Diferencia-se, portanto, do Direito Natural pelos seus princípios e jurisdição e pelo seu valor, pois o Direito Natural, ao contrário do Direito Positivo, seria comum a todos e, ligado à própria origem da humanidade, representaria um padrão geral, a servir como ponto de Arquimedes na avaliação de qualquer ordem jurídica positiva.

Na elaboração doutrinária do Direito Natural é possível distinguir dois planos: o ontológico e o deontológico. No primeiro, identifica-se o Direito com o Direito Natural. No segundo, o Direito Natural aparece como um sistema universal e imutável de valores.

A primeira acepção abrange a segunda, pois neste caso o ser do Direito (ontologia) constitui-se como dever-ser do Direito Positivo (deontologia), na medida em que o dizer o Direito e o fazer a justiça são concebidos como atividades sinônimas. A segunda acepção, no entanto, não engloba a primeira. Com efeito, ao se admitir a existência de valores universais e imutáveis não se nega a presença de outros fatores, como os sociais, políticos e econômicos, que influenciam a realidade jurídica. O sistema de valores do Direito Natural existe, no entanto, para exercer uma função de con-

trole em relação ao Direito Positivo. Daí a possibilidade de um dualismo entre o respeito à justiça e o respeito à lei,⁴ configurado no diálogo entre Creonte e Antígona citado por Aristóteles.

2. O Brasil, que é o resultado não apenas, com os descobrimentos e a colonização, da expansão do universo econômico e demográfico europeu, mas também do seu universo cultural, recebeu o paradigma do Direito Natural por via da tradição portuguesa. De fato, é o jusnaturalismo do século XVIII — o século por excelência da europeização da cultura brasileira — aquele que está nas origens da tradição jurídica brasileira, pois nele se abeberaram os “ilustrados” que estão na raiz da nossa Independência. É dessa maneira que a concepção jusnaturalista moderna, inspiradora, em Portugal, da *lei da boa-razão*, de 18/8/1769, e da criação de uma cadeira própria de Direito Natural na Faculdade de Leis e Cânones da Universidade de Coimbra, chegou até nós por ocasião da criação dos cursos jurídicos no Brasil através da lei de 11 de agosto de 1827. Esta estabeleceu a inserção da cadeira de Direito Natural no primeiro ano (artigo 1.º), e justificou a sua criação, como se lê nos estatutos do Visconde de Cachoeira — aplicáveis, nos termos do artigo 10 da lei de 11 de agosto, nos seguintes termos: “[...] o direito natural, ou da razão, é a fonte de todo o direito, porque na fazão apurada, e preparada por boa e luminosa lógica, se vão achar os princípios gerais e universais para regularem todos os direitos, deveres e convenções do homem [...]”. Por isso, deveria ser lecionado no primeiro ano do curso jurídico juntamente com o Direito Romano, que serviu de base “à maior parte dos códigos civis das nações modernas e muito dele se aproveitaram os compiladores das leis que nos regem”.⁵

(B) *O jusnaturalismo moderno e os processos de secularização, sistematização, positivação e historicização do Direito*

3. O jusnaturalismo moderno, presente na criação dos cursos jurídicos em nosso país, é uma revitalização, um desenvolvimento doutrinário e uma difusão pedagógico-cultural da multissecular crença na existência de um Direito Natural. Foi elaborado durante os séculos XVII e XVIII e buscou responder ao deslocamento do objeto de pensamento, da natureza para o homem, que caracteriza a modernidade. Na procura desta resposta, a vigência cultural deste paradigma, que entende que “o direito natural ou da razão é a fon-

te de todo o direito”, foi sendo gradualmente desenvolvida e paradoxalmente corroída pelos processos históricos que caracterizaram a experiência jurídica a partir do aparecimento do Estado Moderno no século XVI. Entre estes processos que marcam a dissolução da unidade espiritual da *Respublica Christiana* medieval, cabe mencionar os da *secularização, sistematização, positivação e historicização* do Direito.⁶

A secularização está ligada à afirmação dos conceitos de soberania e razão-de-Estado e à reforma protestante, que levaram à separação entre Direito e Teologia e à busca de um fundamento para o Direito, que fosse válido independentemente da discussão sobre a existência de Deus. O apelo à razão natural, explicitado por Grócio nos seus prolegômenos ao *De jure belli ac pacis*, de 1625, tinha como objetivo, no plano internacional, encontrar um fundamento autônomo e laico para o Direito das Gentes, pois um fundamento com essas características poderia ser reconhecido por todos os homens — independentemente de suas crenças religiosas — e aceito por uma pluralidade de Estados soberanos, que não reconheciam uma ordem transcendente à qual estariam sujeitos na totalidade de suas manifestações. No plano interno, o apelo à razão natural tinha como meta, na elaboração contratualista, chegar a uma justificação para o Estado e o Direito que encontrasse a sua base na ação dos homens, e não no poder irresistível de Deus. Este processo de secularização, que encontra a sua expressão jurídica, no plano internacional, na Paz de Vestfália de 1648, e que se desdobra, por sua vez, no plano interno, com a vigência cultural do contratualismo, é uma das fontes inspiradoras da grande elaboração jusnaturalista moderna.

Direitos inatos, estado de natureza e contrato social foram os conceitos que, embora utilizados com acepções variadas, permitiram a elaboração de uma doutrina do Direito e do Estado a partir da concepção individualista de sociedade e da história, que marca o aparecimento do mundo moderno. São estes conceitos os que caracterizam o jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, que encontrou o seu apogeu na Ilustração.

A afirmação, pelo jusnaturalismo moderno, de um Direito racional, universalmente válido, teve efeitos práticos importantíssimos, seja na teoria constitucional, seja na obra de codificação que vieram a caracterizar a experiência jurídica do século XIX.⁷ Estes efeitos, no entanto, contribuíram para corroer o paradigma que os inspirou.

De fato, a codificação terminou por constituir-se em ponte

involuntária entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Com efeito, uma das características do ideal do saber científico, nos séculos XVII e XVIII, foi a de uma ordenação exaustiva e universal de todas as diferenças possíveis, da qual deriva a idéia de sistema. O jusnaturalismo moderno corresponde a este ideal de um saber lógico-demonstrativo, e a obra de Pufendorf, que é do século XVII, representa, de maneira exemplar, a corporificação desta concepção de Direito como sistema.

A idéia de sistema constitui um aspecto fundamental da contribuição do Direito Natural à jurisprudência européia, que deixou de limitar-se à exegese e à interpretação prudencial de textos singulares e passou a ter características de uma estrutura lógico-demonstrativa. Ora, transposta e positivada pelos códigos e pelas constituições a visão jusnaturalista de um Direito racional e sistemático, foi perdendo significado a idéia de outro Direito que não o Direito do Código e da Constituição. Por isso, o fundamento do Direito deixou de ser buscado nos ditames da razão e passou a afirmar-se como a vontade do legislador, independentemente de qualquer juízo sobre a conformidade desta vontade com a razão.⁸ Nesse sentido, o processo de laicização e sistematização do Direito terminou por confluir com o fenômeno da crescente positivação do Direito pelo Estado, que é outro processo característico da experiência jurídica no mundo moderno.

A identificação entre Direito e Poder, derivada da positivação, está na raiz da construção do Estado Moderno e é a base da afirmação de Hobbes: “It is not wisdom, but authority that makes a law”, pois “A Law is the command of him, or them that have the Sovereign Power [. . .]”. Hobbes, neste sentido, representa a matriz de um pensamento inspirador, no mundo moderno, da convergência entre Direito e Poder, que faz do Direito um instrumento de gestão governamental, criado ou reconhecido por uma vontade estatal soberana e não pela razão dos indivíduos ou pela prática da sociedade. Daí a ontologização do Direito Positivo e também o entendimento de que a função do Direito é a de comandar condutas e não de qualificá-las de boas ou más, a partir de uma permanente vinculação entre Ética e Direito.⁹

Ao impacto dos processos de secularização, sistematização e positivação cabe acrescentar o da percepção da historicidade do Direito. De fato — e como é sabido — as aspirações de universalidade e imutabilidade que caracterizam a elaboração jusnaturalista e que são típicas da Ilustração esbarraram com as realidades de direitos históricos, contingentes e variáveis. Estas realidades foram

realçadas pelo Romantismo, do qual a Escola Histórica é uma expressão no campo do Direito. Daí, na polêmica entre Thibaut e Savigny sobre a codificação, a contraposição entre “razão abstrata” e a especificidade do “espírito dos povos”, que ensejou uma severa crítica ao paradigma do Direito Natural a partir da perspectiva da historicidade da experiência jurídica.¹⁰

4. Os fenômenos acima sucintamente referidos levaram à erosão da crença generalizada na existência de um Direito Natural e, por via de consequência, à desagregação, no correr do tempo, de seu paradigma de pensamento. Um sintoma disso foi a gradual substituição do termo Direito Natural por Filosofia do Direito, que começou a ser difundido na Europa no século XIX.¹¹

A nova denominação assinala o surgimento de um novo paradigma. De fato, assim como se pode dizer que o Direito Comercial é uma categoria histórica, vinculada à civilização burguesa e cidadina, e que resultou, na sua origem, da prática dos comerciantes; ou que o Direito Internacional Público é também uma categoria histórica ligada ao aparecimento do Estado Moderno e à distribuição individual porém desigual do poder entre unidades soberanas no plano internacional,¹² assim também creio que se pode dizer que a Filosofia do Direito, inclusive enquanto denominação, é uma categoria histórica. Trata-se, em verdade, de um novo paradigma de pensamento que foi sendo elaborado no correr dos séculos XIX e XX e que exprime a percepção da relevância de novos fatos e problemas que não mais se inseriam adequadamente no paradigma do Direito Natural.

Com efeito, um ciclo do pensamento jurídico-filosófico que nasceu como resposta à dissolução da unidade espiritual na Idade Média, que se caracteriza por uma concepção individualista da história e da sociedade, mas que encontrou apoio, na sua elaboração, no paradigma multissecular do Direito Natural, encerra-se, como observou Fassò, no início do século XIX com a promulgação, em 1804, do Código de Napoleão e a morte de Kant. A Filosofia do Direito posterior a Kant e à codificação passou a ter novas características e a enfrentar problemas diferentes daqueles com os quais se confrontou o paradigma do Direito Natural na sua vertente moderna.¹³

É por isso que Miguel Reale considera útil a distinção entre uma Filosofia do Direito *implícita* — que, no seu entender, prolonga-se no mundo ocidental desde os pré-socráticos até Kant, e abrange todas as indagações sobre o valor e a função das normas que governam a vida social no sentido do justo — e uma Filosofia

do Direito *explícita*. Esta, para Reale, é também o resultado de uma maturação histórica que levou ao surgimento de uma disciplina autônoma, com objeto próprio nos domínios do discurso filosófico, cujos contornos amadureceram pela preocupação kantiana com a busca das condições transcendentais do conhecimento da experiência jurídica e com a consciência jurídico-positiva trazida pela experiência da codificação e contribuições complementares, como as da Escola da Exegese e a dos Pandectistas.¹⁴

(C) A erosão do paradigma do Direito Natural

5. A explicitação de uma Filosofia do Direito é a busca de um saber confiável em matéria de Direito, provocado pela fratura na crença do Direito Natural. Esta fratura foi tornando cada vez menos relevante a dicotomia Direito Natural/Direito Positivo, com a qual operava o antigo paradigma. Daí a necessidade de análise um pouco mais circunstanciada do processo de afirmação do Direito Positivo como a única realidade jurídica a ser levada em conta, como um passo prévio para a caracterização do novo paradigma.

Na história do pensamento ocidental, os *Lineamentos Fundamentais da Filosofia do Direito*, de Hegel, que datam de 1821, marcam não apenas o início da maior difusão da nova denominação, mas também uma importante etapa da dissolução do paradigma do Direito Natural. Com efeito, a superação do antagonismo entre *ser* e *dever-ser*, entre aquilo que está absolutamente certo e aquilo que a arbitrariedade faz passar por Direito, é, para Hegel, precisamente o que explica a necessidade do estudo dos fundamentos do Direito. Na sua obra, este dualismo dicotômico entre Direito Natural e Direito Positivo dissolve-se através da identificação entre o real e o racional. É por isso que em Hegel desaparece a razão-de-ser da disputa clássica entre vontade (Hobbes) e razão (Grócio) enquanto fundamentos distintos do Direito, pois no sistema hegeliano, como lembra Bobbio, a lei é racional pelo fato de ser lei, vale dizer, a autoridade (a vontade) faz a lei porque é sabedoria (razão).¹⁵

Esta identificação entre o real e o racional, promovida pelo idealismo hegeliano, que conduz à ontologização do Direito Positivo, encontrou ressonância na realidade e em outras correntes de pensamento na medida em que a lei posta pelo Estado foi-se tornando, praticamente, a fonte exclusiva do Direito.

Esta tendência em prol da legislação foi uma reação inspirada

pela idéia de sistema enquanto ideal do saber científico, proposto pelo jusnaturalismo moderno ao *particularismo jurídico*, ou seja, a falta de unidade e coerência no conjunto de normas vigentes em quase todos os países da Europa. Com efeito, a presença concomitante do *Direito Comum*, fruto do processo de recepção do Direito Romano na Europa, e do *jus proprium*, o Direito costumeiro e legislativo de cidades e províncias, gerava incertezas em relação aos Direitos de cada um. Estas incertezas eram causadas tanto por dúvidas a respeito das normas que regiam uma determinada situação jurídica, quanto da jurisdição competente para dirimir questões. A codificação surge, neste contexto, como um processo de simplificação e racionalização formal que correspondia a um duplo imperativo sócio-econômico: o primeiro era a necessidade de pôr ordem no caos do Direito Privado para garantir a segurança das expectativas, e atender, desta maneira, às necessidades do cálculo econômico-racional de uma economia capitalista em expansão. O segundo era o de fornecer ao Estado, através da lei, um instrumento eficaz de intervenção na vida social.¹⁶

Não é por acaso que Bentham, para quem a razão, à maneira de Hobbes, tem uma função essencialmente calculadora, foi um dos mais severos críticos do sistema da *common law* e um dos grandes proponentes da reforma da legislação e da codificação, conjugando o princípio de utilidade com o da segurança na elaboração de sua teoria da legislação e da lei positiva.¹⁷

É por isso que a segurança do princípio da legalidade — herança da vertente política da tradição liberal, na sua luta contra o arbítrio do absolutismo — passou também a ser uma das razões para afirmar, na vida jurídica, a preponderância da lei positiva. De fato, esta, na medida em que explicita *regras do jogo*, é útil para o cálculo das conseqüências, necessário, por sua vez, para o adequado funcionamento de uma economia de mercado. Neste sentido, combinam-se paradoxalmente as exigências de racionalização do Direito, a vocação para o concreto do reformismo utilitarista¹⁸ e a propensão para a abstração do idealismo, com vistas a dissolver, na reflexão jurídica, o dualismo entre um Direito ideal e um Direito real, com o qual opera o paradigma deontológico do Direito Natural.

É curioso também observar que a Escola Histórica, na sua origem preocupada com a correspondência entre a norma e a sua realidade histórico-social, acabou fortalecendo, a partir de outras vertentes, o formalismo que caracterizou, na França, com a *Escola da Exegese*, a redução do Direito à lei. De fato, nos seus inícios a Es-

cola Histórica insistiu em ver o Direito como produto da História e não da Razão, fruto do sentimento do justo e do injusto, expresso nas particularidades dos costumes e não na abstração das leis. Entretanto, nos seus desdobramentos a Escola Histórica, através do processo de elaboração científica do Direito preconizado por Savigny, terminou realizando um enorme trabalho de reelaboração conceitual e sistemática do Direito Romano. Tal trabalho redundou numa *gênealogia de conceitos*, metodologicamente formal, que assinalou a pandectística. Esta, através da obra de Windscheid, preparou a codificação alemã e inspirou a jurisprudência dos conceitos.¹⁹

Por outro lado, o desenvolvimento, no século XIX, das ciências, particularmente a Física e a Biologia, e o seu efeito cultural irradiador nas formas de pensar, é também outro dado fundamental que contribuiu para dissolver a dicotomia entre Direito ideal/Direito real, na medida em que levou ao esforço de evidenciar e elaborar a cientificidade do Direito.²⁰ Com efeito, o discurso da ciência, como lembra Bobbio, é um discurso normativo que pode ser visto como “tipo ideal” de discurso que almeja cumprir uma função de descrição: fornece informações e transmite conhecimentos verificáveis. Enseja, desta maneira, asserções que são ou falsas ou verdadeiras. As asserções verdadeiras levam a juízos de fatos — que permitem tomar conhecimento da realidade.²¹

Foram as propriedades ideais do discurso científico que, no século XIX, teve a característica de uma crença generalizada, na acepção de Ortega, que levaram à idéia de substituir o relativismo contraditório do saber jurídico-filosófico, inverificável e não-conclusivo, pelo conhecimento científico. Este foi visto como o verdadeiro saber confiável, pois por ser tendencialmente unitário e verificável, permitiria uma acumulação de certezas. Estas indicavam a possibilidade de progresso, além de ter relevância prática na medida em que dariam ao homem condições de agir com conhecimento de causa e com mais precisa capacidade de previsão.²²

O evolucionismo de Darwin e Spencer, o marxismo, o positivismo de Comte, são exemplos desta nova mentalidade, que quer tomar conhecimento da realidade procurando desvendar, a partir da observação dos fatos, leis gerais e buscando, desta maneira, derivar o *dever-ser* do *ser* da realidade. É isto que explica, por exemplo, no campo cultural, a aspiração a uma criação literário-científica no naturalismo, inspirado por Zola, e também a idéia de uma jurisprudência científica, distanciada do paradigma do Direito Natural.

6. A crença generalizada na ciência e, conseqüentemente, na possibilidade de se alcançar uma jurisprudência científica, teve grande ressonância, permeando o pensamento jurídico europeu do século XIX bem como o brasileiro, que dele é tributário. Assim, o positivismo, o evolucionismo, o darwinismo, a crítica religiosa, o naturalismo, o cientificismo — o “bando de idéias novas” a que fez referência Sílvio Romero²³ — contribuíram para propagar a mentalidade científica e esta, no Brasil como em outros lugares, levou à erosão da crença e conseqüentemente à diluição do paradigma do Direito Natural, incompatível, por exemplo, tanto com o positivismo que predominou na Faculdade de Direito de São Paulo, quanto com o monismo evolucionista da Escola do Recife.²⁴

É possível ilustrar a diluição do paradigma do Direito Natural através de uma breve referência à sua desqualificação, entre nós, por insuficiência científica, nos pareceres de Ruy Barbosa sobre o ensino em geral. Neles Ruy realça a importância da ciência e do método experimental e propõe, no que diz respeito ao Direito, a eliminação da cadeira de Direito Eclesiástico e a substituição do Direito Natural pela Sociologia. Explicita Ruy Barbosa nos seguintes termos a sua crítica ao Direito Natural: “Quer o *direito natural*, que do seio da *natureza*, mas não da natureza que a ciência estuda com a precisão dos seus cálculos e os austeros processos do seu método; sim de uma que a escolástica engenha de idéias *a priori* e assenta em deduções sutis, eloqüentes mas inverificáveis”.²⁵

Esta postura encontrou a sua expressão jurídica na República — que tendo suprimido, com a separação da Igreja e do Estado, a cadeira de Direito Eclesiástico em Recife e em São Paulo, substituiu, com a reforma de Benjamin Constant, de inspiração positivista, o ensino do Direito Natural pelo da Filosofia e História do Direito.²⁶

Na Faculdade de Direito de São Paulo, Pedro Lessa foi o primeiro a ocupar a antiga cátedra de Direito Natural com a nova denominação “Filosofia do Direito” — e a sua obra assinala a presença da nova mentalidade. Com efeito, Pedro Lessa distingue a Filosofia do Direito da Dogmática Jurídica e da História do Direito a partir de uma reflexão metodológica. Para ele a Dogmática Jurídica é arte, pois seus métodos são o exegético e o sistemático, que levam ao comentário sobre o sentido da lei. Por outro lado, a História do Direito tem como método a descrição, que é instrumento através dos materiais que coleta para a aquisição de verdades gerais da Sociologia e das ciências sociais especiais. Não podem, por isso, ser confundidas com a Filosofia do Direito — para Pedro

Lessa, a parte geral da ciência do Direito, que determina o método aplicável ao estudo científico do Direito. Tal método, entende ele, na linha de Stuart Mill, é o que combina os processos indutivos com os dedutivos.²⁷ É interessante, nesse sentido, apontar que Pedro Lessa antecipa correntes contemporâneas que entendem a Filosofia do Direito como metodologia do conhecimento jurídico.²⁸

O predomínio da mentalidade científica não foi unânime — como ilustra, no próprio âmbito da Faculdade de Direito de São Paulo, o diálogo crítico entre João Mendes Júnior, defensor da tradição, e Pedro Lessa.²⁹ Foi, no entanto, hegemônico. Caracterizou os primeiros sucessores de Pedro Lessa na cadeira de Filosofia do Direito, como João Pedro da Veiga Filho e João Arruda, e exprimiu-se basicamente através de uma mentalidade positivista no sentido amplo, preocupada com aspectos técnicos ligados ao manejo do Direito.³⁰

A crença num tipo universal de ciência, válido para a cultura e para a natureza, e de acordo com as matrizes da Biologia e da Física, que permeou o pensamento jurídico ocidental, teve entre nós talvez a sua expressão mais acabada, no campo jurídico, em Clóvis Bevilacqua. Com efeito, e como observou San Tiago Dantas, a idéia da unidade a comandar o mundo natural e social, presente na obra de Clóvis Bevilacqua, deu a esta um nexos de coerência e continuidade na qual foi decisiva a influência inspiradora de Jhering.

Esta idéia de unidade, que também se encontra na obra de Pontes de Miranda, enseja, evidentemente, uma ontologização do Direito Positivo e claramente não comporta a dicotomia entre um Direito real e um Direito ideal, com a qual opera o paradigma do Direito Natural deontológico.³¹ Daí, no ensino e na visão do Direito, o predomínio da Dogmática Jurídica. Esta tem como característica principal o princípio de inegabilidade dos pontos de partida colocados pelo Direito Positivo,³² que não é problematizado na medida em que se aceitar como pacífica a idéia de unidade que comandaria o mundo da natureza e da sociedade.

A essa não-problematização do Direito Positivo, por força da idéia de unidade, cabe acrescentar que, no Brasil e no mundo ocidental, o intervencionismo estatal, ampliado pela crise de 1929,³³ exacerbou o processo de crescente positivização do Direito pelo Estado. Daí também a base para a convicção de que o Direito não tem como função qualificar eticamente como boas ou más as condutas, mas sim servir de instrumento de gestão da sociedade. Neste contexto, cabe ao Direito Positivo encaminhar de modo controlado o processo decisório no Estado e na Sociedade — como apontou Tér-

cio Sampaio Ferraz Jr. na sua análise da função social da Dogmática Jurídica³⁴ — sem as inseguranças do uso da dicotomia Direito Natural/Direito Positivo, com a qual opera o paradigma clássico da reflexão metajurídica, com os seus pressupostos de uma lei comum dada por princípios universais e imutáveis, e que se sobrepõe à lei particular posta.

CAPÍTULO II

O PARADIGMA DA FILOSOFIA DO DIREITO

(A) Caracterização do paradigma da Filosofia do Direito

1. A preponderância do Direito Positivo na experiência jurídica dos séculos XIX e XX, sucintamente rastreada no capítulo anterior, levou a um modo corrente de aproximar-se do Direito, que consiste na afirmação: não existe outro Direito que não o Direito Positivo.¹ Tal afirmação, que é uma das dimensões importantes do positivismo jurídico, recusa evidentemente a distinção dicotômica entre um Direito ideal e um Direito real, com a qual opera o paradigma do Direito Natural deontológico. Também na medida em que o Direito contemporâneo assinala-se pelo processo de contínua mudança, as características de universalidade e imutabilidade com as quais igualmente trabalha o jusnaturalismo se esfumam diante da prática. Por isso mesmo deixou de ser útil, para o jurista, ver o Direito como algo dado materialmente por uma razão comum a todos. Passou a ser mais proveitoso encará-lo como algo posto e positivado, direta ou indiretamente, por um poder estatal que estabelece, para distintas sociedades, a diferença entre o lícito e o ilícito e assegura a efetividade desta diferença através da sanção.

Assim, o Direito foi deixando de ter como função operacional qualificar condutas, distinguindo-as entre *bona in se* e *mala in se* a partir de uma estreita vinculação entre Direito e Moral, em consonância com o paradigma do Direito Natural, pois assumiu basicamente um papel técnico-instrumental de gestão da sociedade ao permitir, proibir, comandar, estimular e desestimular comportamentos. Esta gestão exprime-se por um Direito assinalado pela mutabilidade e pela particularidade, positivado pelo poder estatal ou por ele coonestado, garantido pela sanção, e que tem como pressuposto a utilidade, para a sociedade, do Direito Positivo.