

## Capítulo XLVI. Direito natural

### 1. Aproximação

“Jusnaturalismo” é vocábulo que expressa um conjunto de doutrinas que se referem à natureza como uma referência normativa que se impõe.

Como “teoria”, o jusnaturalismo é uma forma de filosofia do direito (embrionária) que, depois do desbordar do positivismo jurídico – final do século XVIII e início do século XIX –, passou a ser conhecida, apenas, como “filosofia do direito”, uma teoria “filosófica” da justiça, com outros tantos argumentos e outras tantas preocupações.<sup>672</sup>

Dada a dilatada história que acompanha, por um lado, o direito ocidental da Grécia ao período atual, e, por outro, as variadas elaborações sobre a “natureza” do direito “natural”, afirmam os teóricos que é melhor falar em “jusnaturalismos” do que em “jusnaturalismo”.<sup>673</sup>

### 2. Natural

Em que pese a advertência anterior, a expressão “direito natural” continua sendo muito empregada no singular; o que, de modo algum, consegue esconder a sua ambiguidade: ambiguidade pela “multiplicidade de significados” que o vocábulo “direito” comporta; e ambiguidade pela “equivocidade” do termo “natural” que o qualifica.<sup>674</sup>

Aliás, até, ao menos, o período da secularização, o modelo do direito natural foi o da metafísica: seja a metafísica de um “cosmos ordenado”; de uma “teologia”; ou de uma “hipótese inspiradora” decorrente de um “pacto originário” e “fundador” da sociedade civil.

Talvez por isso que embora a análise etimológica ajude – pois “natureza” deriva do verbo latino *nasci* “(de “nacer”); homônimo do verbo *physein* (“ser gerado”) – maiores esforços tem havido no sentido de determinar o seu campo semântico através de oposição: cada vez mais a imagem de “natureza” tem sido contraposta a de “artefato”; algo que sofreu manipulação humana, que foi modificado, cultivado pelo homem.

O problema é que, na linguagem cotidiana, alguns destes artefatos são considerados “naturais”, como o plantio “natural” e os alimentos “naturais”.

### 3. Postulados

Parece ser possível afirmar que, com a expressão “doutrina do direito natural”, tem-se denominado as teorias, qualquer que seja a ideia que se faça de “natural” e de

672 N. Bobbio (1997), p. 13.

673 N. Bobbio (1997), pp. 45-49.

674 Cap. I. Direito, parte um.

“natureza”, que sustentam a precedência ou superioridade de certos “direitos” quando são confrontados com os direitos produzidos pelo legislador.

Contrapõe-se, assim, “natureza” a “autoridade”, o que independe da vontade humana e o que apenas, nela, na vontade humana, existe.

Portanto, as teorias do direito natural são dualistas. Por isso ser possível se pensar em graus de intensidade de resultados delas frente ao direito positivo ou, se assim se quiser pôr, pode-se pensar em uma “versão forte” e em uma “versão fraca” deste confronto.

Nos termos da “versão forte” “uma lei injusta não é lei”; ao passo que conforme a “versão fraca”, pode-se até dizer que é lei, mas uma lei que não deve ser obedecida.

De todo modo, parece ser possível evidenciar postulados comuns aos “jusnaturalismos”. São eles: a (1) dualidade, a (2) derivação, o (3) caráter universal, a (4) cognoscibilidade e o (5) limite à atividade do legislador.

(1) “Dualidade”: o direito natural decorre do fato de se afirmar haver dois “direitos” diferentes: o direito natural imutável (ao menos para específica versão do direito natural) e, portanto, situado acima e além da história; e o direito positivo, obra humana na história e “posto” por um legislador (tem origem nas autoridades normativas);

(2) “Derivação”: o direito natural não representa apenas uma instância superior, mas uma maneira de se atribuir ou não reconhecimento jurídico aos materiais normativos;

(3) “Caráter universal”: suas prescrições afetam a todos os homens por igual com independência, seja de grupo, comunidade ou país em que estejam;

(4) “Cognoscibilidade”: o direito natural pode ser conhecido por todos, isso, ao menos em seus preceitos fundamentais;

(5) “Limite à atividade do legislador”: se crê que o direito natural desautoriza a atividade legislativa que porventura venha a violá-lo. Portanto, o direito natural é claramente heterônomo como também o é o direito posto, ainda que sob perspectivas distintas. Porque o direito posto pelo homem é heterônomo no sentido de que a norma jurídica é sustentada por uma autoridade “de fora” do sujeito que “deve”, ou seja, o destinatário em relação à autoridade normativa que edita a prescrição; já o direito natural é heterônomo não por uma relação destinatária e autoridade normativa, mas de ambos em relação à natureza. Sendo assim, todo o problema agora se cinge na ideia ou no modo com que se compreende esta “natureza”.

#### 4. Ontologia e deontologia

Observa Norberto Bobbio que todos os esforços perceptíveis em diferentes épocas de se assimilar os “direitos” à “natureza” (no sentido de não ser produto da arte, do ofício humano ou de sua interferência) põem-se em lugar distinto do que fora pensado pelos gregos, o que apenas se pode atribuir à criação de um novo conteúdo a um conceito de cuja origem se perdeu na memória. Porque, como afirma, «as razões pelas quais os gregos

consideravam uma parte do direito como natural devem ser procuradas no fato de que tinham em mente o direito consuetudinário, e o costume parece uma segunda natureza».<sup>675</sup>

De fato, na *Idade Média* a «natureza era considerada o produto da inteligência e a potência criadora de Deus»<sup>676</sup>, no princípio da *Idade Moderna* «quando a natureza era vista como a ordem natural do universo, entendia-se por direito natural o conjunto das leis sobre a conduta humana, que, ao lado das leis do universo, estão inscritas naquela ordem universal, contribuindo mesmo para compô-la e que podem ser conhecidas por intermédio da razão».<sup>677</sup> Caso se assuma o enfoque da análise histórica, logo se nota que a teoria do direito natural não tem albergado sempre a mesma “moral”, ou, pelo menos, a mesma “origem moral” fundamentante da ideia do justo ou de justiça.

Tudo isso, evidentemente, põe em dúvida os possíveis êxitos de análise que possa proporcionar uma rígida distribuição de concepções de “direito natural” por períodos. Daí parecer ser mais promissora a exposição sobre o que se tem entendido por direito natural “ontológico” em oposição ao direito natural “deontológico”. Nestes termos:

(1) Por “direito natural ontológico” designam-se as correntes de direito natural que afirmam ser o direito positivo algo derivado e sem autonomia diante dos ditames da “natureza”; e

(2) Por “direito natural deontológico”, as teorias que sustentam que o direito positivo é direito, mas, a ele, se agrega o que chamam de objetivismo moral.

Quanto ao ponto, dos modelos de jusnaturalismo que serão apresentados a seguir, as versões a), b), e c), constituem exemplos do direito natural “ontológico”; ao passo que, a versão d), constitui exemplo de direito natural “deontológico”.

### 5. Modelos

#### a) O direito natural na antiguidade

Quando Creonte nega sepultura ao irmão de Antígona (Polínic), por acusação de este ser “inimigo da Cidade”, tem início o mito de uma desobediência individual que se tornaria o mais famoso caso de que se tem notícia do direito natural como “lei natural”.

O primeiro canto da terceira tragédia de Sófocles, «Antígona», invoca a guerra de Tebas e o fato de que Polínic, que foi expulso de sua cidade pelo irmão Eteocle, a ataca com seus aliados. Tal ato de traição de Polínic é apresentado como a justificativa ao decreto de Creonte contestado por Antígona. E o decreto de Creonte resume-se em impedir que o corpo de Polínic, morto durante a guerra, seja enterrado, o que significa infligir, ao seu corpo, a putrefação e o dilaceramento pelos carneiros. Quem desobedecesse a ordem deveria pagar com a própria vida.

675 N. Bobbio (1997), p. 31.

676 N. Bobbio (1997), pp. 31-32.

677 N. Bobbio (1997), p. 32.

Como observa Fustel de Coulanges,

«Vê-se claramente, pelos escritores antigos, como o homem era atormentado pelo medo de que, depois de sua morte, não fossem observados os devidos ritos. Essa era uma fonte de inquietudes pungentes. Temia-se menos a morte que a privação da sepultura, pois desta última dependia o repouso e felicidade eterna.»<sup>678</sup>

Em ao menos uma de suas possíveis leituras do enredo dramático da tragédia, toda a resistência de Antígona converge para a justiça da aplicação de certas "leis não escritas de origem divina" contra o "nomos" (a lei) da "polis" (isto é, da cidade). Porque, com respeito ao comando de Creonte, diz Antígona:

«não foi Zeus que as promulgou, nem a Justiça, que coabita com os deuses infernais, estabeleceu tais leis para os homens. E eu entendi que os deuses não tinham tal poder, que um mortal pudesse sobrelevar os preceitos, não escritos, mas imutáveis dos deuses. Porque esses não são de agora, nem de ontem, mas vigoram sempre, e ninguém sabe quando surgiram.»<sup>679</sup>

Com isto, três, ao menos, são as interpretações pensáveis a respeito da compreensão de "direito natural" em Antígona.<sup>680</sup> Portanto:

(1) Em primeiro lugar, pode-se ter como "direito natural" uma "ordem de Deus" (a divindade chamada Zeus) explicitamente afirmada por Antígona.

Neste caso, atente-se que a ideia de "direito" é uma ordem de Deus para que os pais sejam sepultados, antes de ser um "direito" é um "dever natural" de Antígona. Há, com isso, um conflito entre duas ordens: a ordem ou "comando divino"; e b) a ordem ou "comando terreno". Daí que todo o desdobramento trágico que pesa sobre Creonte resulta do fato de ter punido o "agente" da vontade divina, isto é, "Antígona";

(2) Em segundo lugar, pode-se entender por "direito natural" tão somente uma certa ideia que possui sobre o que é correto ou do que é bom; e

(3) Em terceiro lugar, pode-se interpretar a afirmação do "direito natural" no mito de Antígona como uma "razão humana", uma humanidade que se coloca acima dos desmandos pouco razoáveis dos homens que, no caso em análise, negam sepultura aos despojos do irmão morto em guerra. Enfim, ao cadáver de Polínice.

Nisto o direito natural de "Sófocles" é um pouco diferente do direito natural de "Aristóteles", porque neste mais fortemente está presente à ideia de "justo" como "força predica de "natural" é uma vontade "divina", a vontade de Zeus que deve ser obedecida.

678 F. D. Coulanges, A cidade antiga, Livro Primeiro, Cap. I.

679 Sófocles, Antígona, 450-460.

680 L. Strauss (1954), pp. 115 e segs.

Aliás, esta variação de direito "natural" como "vontade de Deus" (mas como o "Deus cristão") novamente vai aparecer na Idade Média.

Além disso, alguns exemplos de "natureza" como "razão" também serão recorrentes (sobretudo na Idade Moderna) formando um pêndulo histórico de fundamentos no jusnaturalismo.

Nessa tangência, é importante acentuar a contraposição entre os termos *physis* e *nomos*.

O termo *physis* é geralmente traduzido pela palavra "natureza" (certamente os gregos não utilizaram as palavras latinas "natureza" e "natural"); e o termo *nomos* como alguma coisa em que se crê se pratica e se considera como certo.<sup>681</sup>

Traduzido como "lei", como "convenção" ou ainda como "costume", a ideia de *nomos*, sustentada pelos sofistas, pressupõe um sujeito agente. Assim, é comum (e esperável) que povos diferentes tenham diferentes *nomoi*.<sup>682</sup>

Por sua vez, *physis* é o fundamento de todas as coisas, seu fundamento é o cosmos. Com este sentido, encontra-se a afirmação na «Metafísica» de Aristóteles que *physis* «(...) é o primeiro elemento imane de onde tudo procede (...) é princípio do movimento de todo ser»<sup>683</sup> e «(...) que a natureza, em seu sentido primeiro e fundamental, é a substância dos seres, o princípio do seu movimento».<sup>684</sup>

Por isso que *physis* e *nomos* são palavras centrais do pensamento grego, pois são designativas e explicativas da origem das coisas, se os deuses existem por *physis* ou por *nomos*, se a organização política (a cidade-Estado) é tal como se apresenta por *physis* ou por *nomos*, se o domínio de um homem sobre o outro (escravidão) é natural e inevitável ou decorre por *nomos*.<sup>685</sup>

Neste cenário, importa notar que *nomos* designa duas expressões diversas de manifestação humana ainda que sempre radicadas na convenção:

(a) O que modernamente se apresenta de modo semelhante ao que chamamos de "norma", isto é, a instauração ou a promulgação de *nomoi*, diretrizes que firmam formas de conduta; e

(b) Determinado comportamento que deve ser seguido porque o é desde tempos imemoriais e que desfruta da aceitação comum.

Dessa maneira, torna-se compreensível o verbo *nomizó* que é da mesma família que *nomos* e que está a evidenciar o que se entende por "eu aceito" e "eu aprovo".<sup>686</sup>

Noutro extremo, *physis* apresenta um único sentido: o que é correto por natureza.

681 W. K. C. Guthrie (1995), p. 57.

682 G. B. Kerferd (2003), p. 57; P. Aubenque (1997), pp. 147-148.

683 Aristóteles, A metafísica, 1014, 4, 16-20.

684 Aristóteles, A metafísica, 1015a, 4, 13-15.

685 W. K. C. Guthrie (1995), pp. 57; 59.

686 G. B. Kerferd (2003), pp. 172.

É exatamente em razão desses sentidos que Aristóteles se refere aos entes por *physis* separando-os dos entes por *tékhné*; o justo por *physis* (*dikaion phisici*) e o justo por determinação humana (*dikaion nómo*)<sup>687</sup>.

«A justiça política se divide em natural e justiça legal; natural a que está em todos os lugares tem a mesma força e não depende de aceitarmos ou não, e legal aquela que a princípio pode ser determinada indiferentemente de uma maneira ou de outra, mas depois de determinada já não é indiferente. Algumas pessoas pensam que toda justiça é deste tipo, porque aquilo que existe por natureza é imutável e tem a mesma forma em todos os lugares (como o fogo queima aqui e na Pérsia), ao passo que tais pessoas veem mudanças no que é tido como justo. Isto, porém, não é verdadeiro de maneira irrestrita, mas apenas em certo sentido; com os deuses, realmente, isso não é verdadeiro de modo algum, enquanto conosco, embora exista algo verdadeiro até por natureza, todos os dispositivos legais são mutáveis. Seja como for, existe uma justiça natural e uma justiça legal que não é natural. É possível ver claramente quais as coisas entre as que podem ser de outra maneira e as que são como são por natureza, e quais as que não são naturais, e sim legais e convencionais, embora ambas as formas sejam igualmente mutáveis. Em relação a todas as outras coisas se pode fazer a mesma distinção; com efeito, a mão direita é mais forte por natureza, mas é possível que qualquer pessoa se torne ambidestra. As coisas que são justas apenas por convenção e conveniência são como se fossem instrumentos para medição; de fato, as medidas para vinho e trigo não são iguais em toda parte, sendo maiores nos mercados atacadistas e menores nos varejistas. De maneira idêntica, as coisas que são justas não por natureza mas por decisões humanas não são as mesmas em todos os lugares, já que as constituições não são também as mesmas, embora haja apenas uma que em todos os lugares é a melhor por natureza»<sup>688</sup>.

Cogita-se que os romanos traduziram mais tarde *physis* simplesmente por “natureza” e *dikaion phisei* por *justum naturale* ou *ius naturale*. Desta última expressão, estima-se ser derivada tanto a construção neolatina “direito natural”, quanto às construções “*diritto naturale*”, “*droit naturel*”, “*derecho natural*” e “*Naturrecht*”<sup>689</sup>.

De todo modo, não se pode subestimar as palavras de Cícero do *De Legibus* e sua marca compreensiva do direito natural. Essa a passagem digna de destaque:

«A lei é a razão fundamental ínsita na natureza, que ordena o que se deve fazer e se proíbe o contrário. Tal razão, uma vez que se concretiza e se afirma na mente humana é lei... Há que se considerar a lei como princípio de Direito, sendo como é a lei essência da natureza humana, o critério racional do homem prudente, a regra do justo e do injusto». «Como nada há melhor que a razão e esta é comum a Deus e ao homem, a comunhão superior entre Deus e o ho-

687 G. B. Kerferd (2003), pp. 172-173.

688 Aristóteles. *Ética a nicômacos*, 1134b.

689 Cícero. *De legibus*, 71.

mem é a razão. Ou seja, os participantes da razão comum o são também da reta razão; e já que a lei é uma reta razão, logo também devemos considerar os homens como sócios da divindade como lei; todos os participantes de uma lei comum, o são também em um Direito comum...»<sup>690</sup>.

Este modelo que culmina tanto no mundo antigo com Cícero como no mundo medieval com Tomás de Aquino é o teológico. Sua tarefa foi a de conciliar a filosofia greco-romana e o dogma da revelação. Seu êxito é expresso em sua construção tripartida: direito divino, direito natural, e direito positivo.

## b) O direito natural na Idade Média

Na Questão 90 da *Summa Theologica*, Santo Tomás de Aquino, nos quatro artigos que a compõem, analisa as seguintes características que entendem serem definidoras de lei<sup>691</sup>:

- (1) Sua pertinência “à razão”: a lei é a medida dos atos humanos e o princípio regulador da conduta. Por isso deve a lei ser necessariamente racional;
- (2) Sua pertinência ao “bem comum”: Santo Tomás se pergunta qual o sentido em que a razão orienta os atos dos homens. E responde que o fim último da vida individual e da espécie humana é a felicidade; porém, como o homem vive em comunidade ele a transfere para a própria comunidade;
- (3) Sua “pertinência à comunidade”: das premissas antecedentes infere que se a lei está dirigida ao “bem comum” não é a razão de um particular que pode fazê-la, mas a própria comunidade ou, como afirma, «a pessoa pública que tem o cuidado da comunidade»;
- (4) A “necessidade da promulgação”: a lei deve ser promulgada para o efeito de ser conhecida por todos os membros da comunidade. Com isso, conclui que a lei é um instrumento racional para que a felicidade seja alcançada e que ela serve para guiar os homens e para julgá-los.

Sendo assim, para Santo Tomás, a ideia de “lei” sofriria graduações. Ou seja:

- (a) “Lei eterna”: a *lex aeterna* é a lei ordenadora de toda a criação, é o plano racional de Deus, a ordem do universo como um todo, é a lei pela qual a sabedoria divina rege todas as coisas para o seu fim. Com isso, corresponde ao plano de Deus, plano este que apenas é cognoscível pela razão humana de forma imperfeita. Neste sentido, é lei eterna, pois reflete o atributo da eternidade de Deus. Como tal, é apenas conhecida por Deus e por uns poucos eleitos. Todavia, diz Santo Tomás que há uma parte dessa lei “eterna” que o homem é partícipe, pois é o homem dotado de razão. Esta parte da lei divina, que é acessível pelo homem por intermédio de sua razão, se verá com o nome de “lei natural”;

690 Cícero. *De legibus*, 71; 77.

691 S. T. D. Aquino. *Summa teológica*, Q. 90, art. I-VI.

(b) "Lei divina": a *lex divina* é a lei que guia o homem em seu fim último. É a lei que permite que a alma siga os passos até a eternidade bem-aventurada;

(c) "Lei natural": a *lex naturalis* é o capítulo da "Lei Eterna" que se destina ao homem como ser terreno e social, além de livre e racional. Desta lei é que surge para os homens os seus deveres como conduta devida entre muitas possíveis condutas. Segundo Santo Tomás o núcleo essencial da lei natural encontra-se no preceito «é preciso fazer o bem e evitar o mal». Por isso que estreitamente ligada à lei natural está a lei humana porque a lei humana, para Santo Tomás, deriva da lei natural, isso, necessariamente. Em situação contrária, entende Santo Tomás, a lei humana não será lei;

(d) "Lei humana": a *lex humana*, assim, é a lei criada pelo legislador "humano" como derivação da "Lei Natural" para a solução dos problemas concretos. Ou seja, é a lei promulgada pela coletividade ou por quem tem a incumbência de representá-la.

Portanto, segundo Santo Tomás, a lei "humana" deriva da lei "natural" por derivação, por especificação de normas mais gerais. Mas se é a lei "humana" uma derivação da lei "natural", pode-se perguntar por qual razão o homem a edita.

A questão é que Santo Tomás reconhece que, embora haja esta derivação e por isso seja possível ao homem alcançar à lei "natural" pela razão, há homens que são propensos aos vícios, isto é, a imperfeição é própria dos homens. Desse modo, a lei "humana" corresponde ao que o homem "racional" produz com o intuito de desestimular os indivíduos de realizar o mal para promover o bem comum. Aliás, não é por outro motivo que a coerção, presente na lei "humana", desempenha papel importante nessa construção, pois não apenas a ela cumpre a finalidade de auxiliar reprimindo e corrigindo os homens tornando a convivência pacífica, mas também cumpre à sanção a função de atuar de modo pedagógico, sendo um ensinamento de como devem, os homens, agir em comunidade. Para Santo Tomás, os homens se abstêm de realizar o negativo pelo medo, e, depois de constituído o hábito de evitar o mal, eles se tornam pessoas virtuosas.

Finalmente, afirma que se a derivação da lei "natural" é essencial à lei "humana", a lei humana que contraria a lei natural é lei injusta, e, assim, «não é lei; é corrupção de lei»; «*iniusta lex non est lex sed corruptio legis*». Para Santo Tomás, as leis injustas são «mais violência do que leis», por isso ser justificado rebelar-se contra um tirano.

Apesar disso, deve-se observar que para Santo Tomás não é a lei "natural" nem a lei "humana" que viabiliza ao homem alcançar a bem-aventurança eterna, o fim sobrenatural que aspira. Este apenas é alcançável mediante uma lei também sobrenatural, a "Lei Divina", ou seja, a "lei revelada", a lei que pode ser encontrada no Evangelho, pois esta é a lei positiva de Deus.

### c) O direito natural no tempo da secularização

Se bem que não haja dúvida a respeito do caráter dualista do direito natural da Idade Moderna, sua base difere da fundamentação teológica das eras Antiga e

Média. Fatores econômicos, religiosos, políticos e, sobretudo, uma nova mentalidade científica promoveram o desprestígio da teologia possibilitando sua substituição pelas potencialidades técnicas e pelas explicações fundadas no método matemático, na geometria, na máquina como modelo epistemológico. No final da Idade Média a situação religiosa em que o homem encontrava-se circundado, torna-se problemática, principalmente a partir dos séculos XV e XVI com o Renascimento, com o pensamento humanista, a reforma protestante e a reanimação dos estudos empíricos que marca o início da transição que vai resultar na era Moderna e no Iluminismo.<sup>693</sup>

Mas a teoria moderna do direito natural, como é da característica do jusnaturalismo, também apresenta visão dualista do direito: por um lado encontra-se a lei natural; por outro o direito positivo. Enquanto aquele expressa as exigências da justiça, este encontra fundamento no direito histórico produzido pelos homens. Portanto, a doutrina do direito natural secularizado entronca mesma postura que as doutrinas precedentes, diferindo, apenas, na maneira de se entender essa "natureza". Porque a "lei natural", no sentido moderno, é antropocêntrica e individualista. Nestes termos:

(1) "Antropocêntrica" porque sua explicação está agora no homem e na razão, e não em Deus;

(2) "Individualista" porque a lei natural se expressa, diferentemente do que ocorria na concepção da Idade Média, através de direitos que cada homem é titular por natureza. O homem possui direitos "naturais" pelo mero fato da condição de "ser" homem, e não por concessão de uma autoridade transcendente, isto é, Deus. Por isso que, mais tarde, estes direitos vão receber nova nomenclatura: direitos "humanos".

Dito isso, basta registrar ao menos três aspectos que são suficientemente ilustrativos desta mudança de visão do mundo que atinge o Medievo possibilitando as alterações que adviriam, principalmente, após o século XVI: (a) a ampliação da concepção geográfica; (b) o abalo que sofre a unidade política e religiosa no Ocidente; e, por fim, (c) as descobertas científicas.<sup>694</sup> Portanto:

(a) "Ampliação da concepção geográfica": com respeito ao primeiro ponto, destaquem-se as explorações cada vez mais ousadas que tornaram viáveis representações por sua vez mais precisas em mapas do espaço terreno e marítimo que durante o período medieval foi reduzido a uma cosmografia religiosa. Tudo isto facilitou os empreendimentos posteriores de viagens de investida e conquista, sobretudo dos portugueses e espanhóis, que possibilitariam Cristóvão Colombo chegar em 1492 ao "Novo Mundo" no Ocidente;

(b) "Abalo na unidade política e religiosa": quanto ao segundo ponto, deve ser destacado não apenas o movimento protestante, mas a percepção das guerras e a repercussão disso na visão do homem a respeito de si mesmo. É despertado o interesse pela cultura da antiguidade; surge movimento de ruptura das

693 R. Tarnas (2002), pp. 245-258.

694 R. Tarnas (2002), pp. 258 e segs.

692 S. T. D. Aquino. Summa teológica, Q. 90.

tradições da Idade Média, muito centrada nas preocupações relativas a Deus, para centrar-se agora no homem. Tudo isto permite o confronto dos hábitos e costumes dos outros povos com o do "velho mundo", a Europa, o que produz forte impacto na concepção não apenas aristotélica, mas também na tomista, de uma "natureza" que se manifesta em todo lugar. Tem-se, assim, como resultado, o ceticismo frente a essas versões de natureza, como, também, o surgimento da exigência de melhor retratá-la; o direito "natural" não poderia ser concebido como algo "puramente natural", mas "racional" como os "primeiros princípios". Agregue-se, ainda, que as guerras, sobretudo religiosas que ensanguentaram a Europa, desmentiam a imagem, por certo tranquilizadora, de que o homem possui sociabilidade natural, como havia sido professado por Aristóteles ao dizer *Zoon Politikon*.<sup>695</sup> Esta imagem que é posta em dúvida apenas pode ceder à construção mais realista segundo a qual no estado de natureza o homem é mobilizado pelas suas paixões e por isso é capaz de ferir para obter honra e glória. Dessa nova visão das coisas, toma assento a fundação da sociedade civil pelo ato racional do pacto social, de um contrato imaginário (ou fictício) a partir do qual se teria constituída a sociedade civil. O personagem principal desta versão "realista" será o filósofo inglês Thomas Hobbes que escreveu sua própria obra política entre a "Guerra dos Trinta Anos" (1618-1648) – tida como a mais cruel guerra religiosa – e as duas revoluções inglesas, a de 1642-1648 e a de 1688. De Aristóteles e seu otimismo pela sociabilidade humana passa-se à condição natural do homem que o conduziu à potencialidade da guerra – para usar uma famosa expressão de Hobbes – que é "de todos contra todos". Neste contexto, Hobbes afirmará: *rex facit legem*.<sup>696</sup>

(c) "As descobertas científicas": quanto ao terceiro ponto, inúmeras descobertas científicas e desenvolvimentos epistemológicos puseram em dúvida as bases do direito natural antigo. Deste conjunto de fatores, destacam-se, no século XVII, os escritos de Descartes, pois remetem às últimas consequências os problemas filosóficos medievais; isso, através de uma reconstrução das relações entre homem, mundo e Deus. Porque em suas *Meditações* o Deus religioso é substituído pelo "Deus de filósofos e de sábios" um Deus perfeito que justifica o otimismo científico, pois substitui o "gênio maligno" que leva ao erro e ao engano.<sup>697</sup> O Deus cartesiano não é um embusteiro, mas a própria razão que será tão exaltada no século XVIII. Sua presença torna possível a passagem da existência do pensamento (*res cogitans*) para a certeza do mundo físico (*res extensa*) porque com o apoio em Deus (*res infinita*) retira-se do domínio da dúvida o conhecimento relativo aos corpos, podendo-se compreendê-los.<sup>698</sup> Aliás, acentue-se que a ideia de um universo ordenado valorado como ordenador do *modus vivendi* do homem se perde com a visão newtoniana. O mundo reduzido a uma coleção de fatos que podem ser compreendidos substitui toda

695 Aristóteles. Política, 1153a, 1f.

696 T. Hobbes. Leviatã, XXXVI.

697 R. Descartes. Meditações, primeira meditação.

698 R. Descartes. Meditações, primeira meditação.

e qualquer valoração que se faça dele; a percepção do homem é salvaguardada pela matemática, de modo que o direito natural deve seguir igualmente este modelo. Deixa-se de crer numa natureza "boa" e reitoria do homem (ou seja, um mundo ético por "natureza") para se encontrar no mundo físico e em seus instrumentos de medida o novo referencial a servir de pauta à compreensão do homem. O direito deve, assim, também, como a certeza dos fatos (ou que se pode ter deles com as descobertas do iluminismo científico), perscrutar a certeza das relações jurídicas. Portanto, sua tradução expressiva será o iluminismo "jurídico": a necessidade de se codificar, e se racionalizar, de se fornecer parâmetros aceitáveis para a regência em sociedade. Suas consequências serão muito abrangentes, alcançando, inclusive, o que se particularizará como o "direito penal humanista" de Cesare Beccaria (1739-1794).

Tudo considerado, a problemática do direito natural encontrou, na era moderna, inúmeros autores dispostos a lhe fornecer alguma explicação "racional".<sup>699</sup>

Destas explicações, podem ser acentuados dois pontos como convergentes:

- (i) Em primeiro lugar, neste período advém a análise da natureza humana centrada na análise antropológica substituindo as elaborações de transcendência muito marcantes até então, ou seja, o realismo analítico suplantando o idealismo metafísico. Paulatinamente o Deus-cosmos e o Deus-cristão são substituídos pelo Deus-máquina, a geometria, a matemática, a dedução e o cálculo. Portanto, a "desnaturalização" do "direito natural" começa com sua "antropologização";
- (ii) Em segundo lugar, a idealização de uma passagem fictícia de um estado natural ou de natureza para a sociedade civil por um suposto contrato, que, por conseguinte, mantém como objetivo final explicar o próprio Estado e o exercício de seu poder: a fundação racional substitui a fundação religiosa. O soberano, o Estado como ente instituído pelo procedimento racional do contrato, é o único agente competente para determinar o lícito e o ilícito. O legislador-terreno assume o lugar do legislador-extraterreno.

Aliás, com respeito ao ponto (ii), cinco autores podem ser citados como os mais significativos: Grotius (1583-1645); Hobbes (1588-1679); Pufendorf (1632-1694); John Locke (1632-1704); e (e) Jean-Jacques Rousseau (1712-1788). Portanto:

- (1) Hugo Grotius é considerado o fundador da escola do direito natural da era moderna. Duas afirmações são particularmente fortes em seus escritos: 1) a de que o direito é um princípio racional que tem por objetivo desempenhar na sociedade uma função pacificadora; e 2) a de que o direito, como princípio racional, vale por si mesmo, isso, independentemente de qualquer fundação teológica, moral, ou, mesmo, política. Desta maneira, em sua elaboração, Grotius assume o princípio aristotélico da natural inclinação do homem à sociabilidade consignando a divisão do direito em direito "natural" e direito "voluntário": como direito natural, diz Grotius, «nos é ditado pela razão, pois esta nos leva a conhecer que uma ação, dependendo se é ou não conforme a na-

699 H. Welzel (1965), pp. 163 e segs.

tureza racional, é afetada por deformidade moral ou por necessidade moral; como direito voluntário, é «o direito estabelecido»,<sup>700</sup> E como decorrência da razão afirma que «O direito natural é tão imutável que não pode ser mudado nem pelo próprio Deus. Por mais imenso que seja o poder de Deus, podemos dizer que há coisas que ele não abrange porque isto a que fazemos alusão não podem ser senão enunciados, mas eles não possuem nenhum sentido que exprima uma realidade e são contraditórias em si. Portanto, Deus não poderia fazer com que dois mais dois não fossem quatro, de igual modo ele não pode impedir que aquilo que é essencialmente mau não seja mau».<sup>701</sup> Com isso, a razão assume um sentido novo, pois não é mais um órgão da consciência natural de Deus em um quadro representativo de fé, mas patrimônio do homem equiparável à verdade matemática. Todavia, Grotius, depois de ter enunciado que essas verdades teriam pleno valor «mesmo que Deus não existisse ou não se ocupasse dos negócios humanos»<sup>702</sup>, esclarece, com todo o cuidado, que «Esse direito natural de que tratamos, tanto o que se refere à sociabilidade do homem, como aquele assim chamado num sentido mais lato, pode, no entanto, ser atribuído com razão a Deus porque foi ele que assim dispôs para que tais princípios existissem em nós».<sup>703</sup> Acrescentando, ainda, que «se eu tiver dito algo aqui contra a piedade, os bons costumes, as Escrituras Sagradas, o consenso da igreja cristã, contra toda e qualquer outra verdade, que esta palavra seja considerada como jamais dita». Investe, por conseguinte, Grotius, o Estado na missão de fazer reinar a paz sem a qual os negócios, as transações comerciais não têm como prosperar. Por isso afirma que a sociedade política apenas pode basear-se no consentimento de cada indivíduo no que estes sacrificam voluntariamente suas independências para o benefício da segurança das leis e das instituições. Para tanto afirma tudo ser operado em dois tempos: no primeiro, há um «pacto de associação» pelo qual os homens viam a sociedade civil; no segundo, um «pacto de submissão» pelo qual os membros da nova comunidade formada designam os titulares do poder que terá o encargo de protegê-los, governando-os. Completa o quadro consagrando um capítulo, Capítulo 4 do Livro I, à «guerra dos súditos», com o qual registra sete situações em que é legítima a resistência quanto ao soberano: 1) quando os príncipes são subordinados ao povo e, eles, os príncipes, desobedecerem às leis; 2) se abdicar ou abandonar o poder de modo manifesto; 3) se aliena ou submete o reino a outro; 4) quando age o rei para a ruína de seu povo; 5) quando o rei cai em comiso ou por causa de traição porque nestes casos os súditos estão desobrigados de obedecê-lo; 6) se o rei pretender usurpar a parte da autoridade que pertence ao povo; 7) se no momento em que o poder soberano é deferido foi estipulado que em certas eventualidades é possível resistir ao rei;

700 H. Grotius. De jure belli ac pacis, Parte I, IX e X.

701 H. Grotius. De jure belli ac pacis, I, X.

702 H. Grotius. De jure belli ac pacis, Prolegômenos.

703 H. Grotius. De jure belli ac pacis, Prolegômenos.

(2) Thomas Hobbes foi o filósofo que deu o primeiro passo que conduziu a doutrina do direito natural para a doutrina do direito positivo.<sup>704</sup> É que até então faltava à “lei natural” a coatividade, visto que esta não fazia parte da juridicidade cosmológica da antiguidade ou da teológica medieval. O ponto relevante está no fato de que diante da formação e da consolidação do Estado Moderno a presença da coação passa a ser necessária na fórmula da realidade e na pretensão de estabilização social; e essa realidade e pretensão de estabilização, racionalmente, são justificadas e explicadas na teoria de contrato aliada a uma peculiar leitura sobre a natureza humana. Tal não significa que a força estivesse do lado de fora das relações precedentes; mas encontrava-se escondida nas explicações de ordem do universo e da predestinação. Estas as suas considerações: (1) no *Do Cidadão*, Capítulo XIV da parte 4, divide as leis em leis divinas e em leis humanas. Diz que as leis divinas são de duas espécies: natural e positiva. “Natural” é aquela que Deus manifestou a todos os homens por meio da sua palavra eterna; “positiva” é a que Deus revelou através da palavra dos profetas; (2) Embora pareça com isso que Hobbes não tenha se afastado da tradição segundo a qual Deus comunica aos homens enquanto o direito positivo é o direito proposto pelo Estado por meio da pessoa ou pessoas que o detêm, o que é relevante é o artifício que se encontra neste articulado; (3) Tal traduz-se no fato de as “leis naturais” no estado de natureza ainda não terem vigência (não são obrigatórias) e, quando fundado o estado civil, elas, as “leis naturais”, deixariam de vigor; (4) O estado de natureza é marcado pela insegurança perpétua; insegurança esta que os homens pretendem mudar; (5) Os homens, com vistas a estabelecer a segurança indispensável para tornar eficazes as obrigações, eles renunciam a todos os direitos naturais que tinham no estado de natureza – com exceção do direito à vida – transferindo-os ao soberano; (6) O soberano, a partir do contrato, tem o poder de punir aqueles que não cumprem as obrigações; (7) Instituída a segurança, considerando os participantes do pacto estão obrigados a obedecer ao soberano, eles, os participantes devem obedecer ao que este ordenar; (8) O que o soberano ordena são as leis civis, o direito positivo; (9) Com isso os indivíduos, passando a obedecer ao direito positivo ordenado pelo soberano, reconhecem que há apenas um direito, o positivo; (10) Para que as leis naturais sejam respeitadas todos devem obedecer ao poder civil, os comandos do soberano, o direito positivo, enfim;

(3) Samuel Pufendorf, no *Direito Natural e das Gentes*, afirma que a lei natural não é uma decorrência da sabedoria divina. Inicia seus argumentos assentando que o homem, enquanto ser inteligente, difere dos outros “seres físicos” e animais, porquanto o homem age em função de certos princípios regentes de seus atos de vontade; a estes princípios regentes chama Pufendorf de “seres morais”.<sup>705</sup> Ao pesquisar o princípio da criação de “seres morais” afirma, como um dos principais, o da sociabilidade. Segundo Pufendorf, esse princípio decorre da necessidade deste ser inteligente em «formar e conservar, tanto quanto dele dependa, uma sociedade com todos os outros» serem inteligentes. Por isso que

704 N. Bobbio (1991), pp. 22-27; C. I. Soto (2017).

705 Pufendorf, De iure naturae et gentium, I, Cap. III, 6; Cap. VI, 8.

o fundamento de todo direito natural é decorrência da própria constituição do homem enquanto homem: pois a sociabilidade resulta da tomada de consciência deste ser, de sua racionalidade e precariedade de condição de vida. Afirma a noção do contrato porque o contrato baseia-se em compromisso de cada um dentro de um pacto que ao mesmo tempo em que assenta o respeito à liberdade individual, objetiva realizar a felicidade de todos. O direito natural, assim, em sua concepção, é politicamente relevante nos termos do contrato que, estabelecendo a sociedade civil, coloca os homens ao abrigo dos males decorrentes do temor de uns em relação aos outros. O Estado, com isso, surge para a defesa mútua sendo esta a "primeira convenção". Mas, para Pufendorf, e isto o aparta dos demais teóricos do direito natural moderno, há ainda uma segunda convenção, um pacto político: pacto que decide quem está investido na condição de autoridade suprema e cujo compromisso é o de vigiar o bem público;

(4) John Locke retoma a ideia de direito natural – servindo-se da noção de contrato – não apenas para justificar o governo majoritário e mostrar a quem os governos devem seu poder, mas também para garantir certos direitos individuais com os quais os indivíduos têm confiada sua proteção. Sustenta, sobretudo, que o homem é naturalmente sociável, pois este está inclinado por natureza à paz, à concórdia, e a trabalhar para obter o necessário para viver. Assim, assinala a impossibilidade do estado de natureza sem sociedade, porque para os homens, diz Locke, o estado de natureza é já estado de sociedade.<sup>706</sup> Completa ainda Locke, provavelmente em razão de suas próprias crenças (Locke era cristão), que em virtude da lei natural cada um tem os mesmos direitos que os demais. Daí que o que falta em seu estado de natureza é uma autoridade capaz de garantir os direitos que o homem já possui, dentre os quais um dos mais importantes é o direito de propriedade.<sup>707</sup> Sua explicação para o direito de propriedade tem por base o seguinte raciocínio: mesmo que, no início, a propriedade fosse composta por uma comunidade de bens, Deus, por desejar sempre o que é mais vantajoso, aprova a repartição de terras por esta ser preferível. Além disso, por ser mais vantajosa a repartição, é razoável se pensar que os homens a querem e consentem, ainda que seja um assentimento tácito ou implícito. Assim, como a autoridade foi investida para tutelar os direitos individuais, não poderá esta valer-se de sua autoridade desconsiderando tais direitos. Caso contrário, o contrato terá sido violado e o povo pode reconquistar sua soberania originária.<sup>708</sup> Desta forma, a doutrina de Locke do direito natural se reduz à consequência de o poder político não poder ter outro fundamento legítimo que o consentimento do povo, nem outro fim que o seu bem. Sabidamente, com suas ideias, Locke influenciou fortemente o direito inglês, inspirando a Declaração de direito de 1689, e, ainda, no século seguinte, a Constituição norte-americana, ano de 1787, bem como suas primeiras emendas que a acompanham, as de 1791. Do mesmo modo, não se deve subestimar o impacto que surtiram na elaboração da Declaração francesa dos Direitos do Homem de 1789;

706 J. Locke. Segundo tratado sobre o governo civil, Cap. II.

707 J. Locke. Segundo tratado sobre o governo civil, Caps. V e VII.

708 J. Locke. Segundo tratado sobre o governo civil, Cap. XIX.

(5) Jean-Jacques Rousseau – autor tido como o último adepto do direito natural (ao menos entre os modernos) – não é pessimista quanto a originária sociabilidade da natureza humana, embora tenha para si que a civilização tenha corrompido sua vocação natural.<sup>709</sup> Para se compreender a concepção de Rousseau deve-se atentar logo para o primeiro parágrafo do *Contrato Social*: «O homem nasce livre, e por toda parte encontra-se a ferros. O que se crê senhor dos demais, não deixa de ser mais escravo do que eles. Como adveio tal mudança? Ignoro-o. Que poderá legitimá-la? Creio poder resolver esta questão».<sup>710</sup> Rousseau, como parece ser claro nesta passagem, não pretende reconstruir hipoteticamente a história, ao menos nesta obra, mas fornecer as condições do pacto legítimo, do pacto que estatui que depois dos homens terem perdido sua liberdade natural forneça, em troca, a liberdade civil. Recorrendo assim à noção de contrato social, utiliza-o como princípio construtivo-racional e ético da sociedade política. Portanto, o seu objetivo é fornecer resposta para o seguinte problema: «Como encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece, contudo, a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes?».<sup>711</sup> A resposta de Rousseau para esta pergunta encontra-se em um pacto social cujas cláusulas, quando bem compreendidas, «se reduzem a uma só: a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda, porque, em primeiro lugar, cada um dando-se completamente, a condição é igual para todos, e, sendo a condição igual para todos, ninguém se interessa em torná-la onerosa para os demais». Duas consequências decorrem desta solução de Rousseau: por um lado, as leis que regem o Estado apenas podem ser expressão da "vontade geral"; por outro, a forma de governo ideal apenas pode ser a democracia. Rousseau, assim, afasta inicialmente a democracia representativa, a democracia fundada na delegação a "representantes". Todavia, afirma capítulos depois que «Tomando-se o termo no rigor da aceção, jamais existiu, jamais existirá uma democracia verdadeira. É contra a ordem natural governar o grande número e ser o menor número governado. Não se pode imaginar que permaneça o povo continuamente em assembleia para ocupar-se dos negócios públicos e compreende-se facilmente que não se poderia para isso estabelecer comissões sem mudar a forma de administração». E ainda: «Se existisse um povo de deuses, governar-se-ia democraticamente».<sup>712</sup> De todo modo, os revolucionários de 1789 em França encontrariam nas vozes de seus oradores as palavras de Rousseau.

Em resumo, o importante é que, uma vez estabelecido o referencial normativo posto, a suprema razão não tardaria a enxergar nos códigos seu resultado final, principalmente, depois de Hobbes. Daí advém a crença no legislador racional, o qual, me-

709 J.-J. Rousseau. Do contrato social (ou princípios do direito político), Livro I, Cap. I.

710 J.-J. Rousseau. Do contrato social (ou princípios do direito político), Livro I, Cap. VI.

711 J.-J. Rousseau. Do contrato social (ou princípios do direito político), Livro I, Cap. VI.

712 J.-J. Rousseau. Do contrato social (ou princípios do direito político), Livro III, Cap. IV.

diantes seus esforços intelectuais, poderia antecipar todos os problemas da sociedade; problemas estes que, em sua legislação, teriam sua resposta e solução. Mas não apenas isso: a idealização de contrato social fez possível a compreensão de que sociedade e Estado são coisas distintas e não naturais (pois um pacto é um ato voluntário de sujeição a um soberano) e também abriu caminho para o surgimento de uma nova “ciência da sociedade”, a sociologia, além da Constituição como ato constitutivo do Estado e resultado do constitucionalismo moderno. No entanto, é exatamente o ideal da codificação, e o crescente acolhimento da produção normativa pelo legislativo, que conduzirá o jusnaturalismo moderno ao seu exaurimento, pois o conceito de “lei natural” do racionalismo moderno é a matriz do modelo de “lei positiva” das codificações oitocentistas.

#### d) Novo jusnaturalismo

Por “neojusnaturalismo” designa-se a recuperação da doutrina do direito natural. É um novo jusnaturalismo com um direito natural revigorado.

Como termo, sofre da mesma instabilidade semântica que o termo “jusnaturalismo”. Seu diferencial situa-se no fato deste ser utilizado para designar todo ressurgimento do direito natural no período pós-oitocentista.

Quanto a isso, ao menos três neojusnaturalistas merecem especial destaque: (1) Gustav Radbruch; (2) Lon Fuller; e (3) John Finnis. Portanto:

(1) Gustav Radbruch, em artigo sobre *A Injustiça Legal e o Direito Supralegal*, ano de 1946, enfrenta o problema da validade da “lei injusta” com particular atenção exemplificativa ao período nazista. Trata-se da análise de um caso judiciário. Em um processo diante da Corte de Apelação foi condenado à morte um funcionário do tribunal, o funcionário Puttfarcken, que, no período nazista, denunciou um co-nacional – o comerciante de nome Gottig – por ter escrito em uma parede de um dos gabinetes públicos que «Hitler é um carneiro responsável pela guerra» além de ter escutado transmissões estrangeiras não autorizadas. Radbruch, no texto mencionado, pergunta como se deve julgar agora o comportamento do funcionário e do juiz considerando-se o princípio da segurança jurídica já que ambos estavam cumprindo suas funções à época. Para responder esta pergunta, ele enuncia uma tese que será mundialmente conhecida como “a fórmula de Radbruch”. Este o seu enunciado: «Diz-se que o conflito entre justiça e certeza do direito pode ser resolvido no sentido que o direito positivo, assegurado pela promulgação e pela coação, tem preeminência também quando é, no seu conteúdo, injusto e inadequado ao seu objetivo, a menos que o conflito entre a lei positiva e a justiça alcance um grau tal de intolerabilidade que a lei, enquanto ‘lei injusta’, deva ceder frente a justiça». [Mas porque] «é impossível traçar uma linha precisa, pelo seu conteúdo, entre os casos de injustiça legal e as leis que estão em vigor ainda que injustas, uma outra linha pode ser traçada com maior precisão: quando ao se editar direito positivo e neste vier negada a igualdade que constitui o núcleo da justiça, então a lei não é apenas ‘direito injusto’, não é direito»<sup>713</sup>;

713 G. Radbruch (2002), pp. 157-158. Para mais amplas considerações sobre a teoria de Radbruch, consulte-se S. Paulson (2019)

(2) Lon Fuller, no livro *A Moral do Direito*, ano de 1964, distingue dois tipos de moralidade: a “moralidade do dever”; e a “moralidade de aspiração”. A primeira se refere às exigências morais básicas sem as quais considera ser impossível haver Direito e, inclusive, a sociedade mesma; a segunda é a moralidade por excelência que não se refere às regras, mas a ideais. Entende Fuller que estas moralidades, a moralidade do dever e a moralidade da aspiração, determinam os fins de uma escala moral que começa por exigências morais básicas (a moral de dever) ou mínimas até se chegar ao plano ideal mais elevado (a moral de aspiração).<sup>714</sup> Portanto, a moral do dever seria como as regras da gramática; a moral de aspiração pode ser comparada com as regras para se obter o sublime na composição.<sup>715</sup> Desta forma, enquanto a moral de dever está mais próxima do direito, a moral de aspiração está mais próxima da estética. A partir deste ponto, no capítulo II, intitulado *A Moral que Torna Possível o Direito*, Fuller conta a história de um rei inepto, Rex, que, ao aplicar as leis sem a coerência devida, produz efeitos desastrosos em seu reino. Com sua narrativa pretende demonstrar que o legislador deve zelar por certas “excelências processuais” porque se não as considera o resultado são prejuízos à própria eficácia do direito. Neste sentido, estabelece cinco determinações a respeito do que “as normas jurídicas deveriam ser” (itens 1-5) e outras três quanto ao que “as normas jurídicas não deveriam ser” (itens 6-8), o que comporiam, globalmente consideradas, a “moral interna do direito”. Portanto, o direito: 1) deve possuir regras; 2) estas regras devem ser prospectivas, não retroativas; 3) devem ser publicadas; 4) devem ser inteligíveis; 5) não devem ser contraditórias; 6) devem ser realizáveis; 7) não podem ser alteradas constantemente; e 8) deve haver congruência entre as regras tal como foram formuladas e sua aplicação pelos juízes. Fornece a lista, diz Fuller que essa “moral interna do direito” é o que ele entende ser a “versão processual do direito natural”.<sup>716</sup> Pontua Fuller que um governo sem esta “moral interna” não pode exigir lealdade dos destinatários. Assim, se para o tradicional do direito natural uma norma jurídica não seria válida (ou sequer seria norma) caso não se atenda a determinados valores, na construção de Fuller uma norma não seria válida se ela faz parte de uma ordem jurídica que não se baseia nos oito valores referidos anteriormente porque eles provêm da própria racionalidade;

(3) John Finnis, na obra *Lei Natural e Direitos Naturais*, ano de 1980, assume a tarefa de elaborar uma teoria do direito natural com base, principalmente, nos estudos de Santo Tomás de Aquino. A partir da ideia de “razoabilidade prática” pretende demonstrar, por um lado, que o direito é mais do que a lei e que os valores não podem ser considerados apenas no âmbito das subjetividades humanas; e, por outro lado, que sua teoria possibilita o compromisso com uma perspectiva de ação e decisão. Assume, assim, três pressupostos aos quais busca integrar em sua versão de direito natural: 1) os bens básicos; 2) as condições de razoabilidade prática; e 3) as relações entre autoridade e comu-

714 L. L. Fuller (1969), pp. 12-13.

715 L. L. Fuller (1969), p. 14.

716 L. L. Fuller (1969), p. 24.

nidade. Com respeito ao primeiro ponto, Finnis elenca sete "bens básicos": o conhecimento (no sentido de conhecimento especulativo); a vida (no sentido de aspectos da vitalidade); o jogo (entendido como elemento da cultura humana); a experiência estética (a experiência que valoriza); a habilidade social ou a amizade (florescimento da amizade); a razoabilidade prática (raciocínio para a ação social); e a religião (experiência religiosa).<sup>717</sup> Conforme sua percepção, estes "bens" são autoevidentes e passíveis de serem apreendidos pela nossa inteligência pelo simples fato de a operarmos, isto é, obrarmos com nossa inteligência. Com respeito ao segundo ponto, entende-se não apenas um "bem", mas o desejo de realizar o bem humano integral; finalmente, quanto ao terceiro ponto, defende a responsabilidade de governar com vistas à realização do bem comum.<sup>718</sup> O resultado destes elementos é a construção de um "direito natural" muito "peculiar", pois, em vez da natureza, Finnis a substitui pelo razoável e, deste, concebe a sustentação dos "direitos humanos".

Interessa notar que o "neojusnaturalismo" promoveu uma guinada nos argumentos clássicos, medievais e modernos, tendo em vista que (mesmo na construção de Fuller) a moral surge como uma "moral social" ou de "desenvolvimento social" não raro derivada da própria capacidade de o homem pensar. Estes aspectos são claramente observáveis na construção do "prestígio do direito como direito" de Radbruch, caso se discrepe da regra de igualdade, como no "procedimentalismo" de Fuller e nos "bens básicos" de Finnis.

717 J. Finnis (1992), pp. 30-35.

718 J. Finnis (1992), pp. 232-233.

## Capítulo XLVII. Direito positivo

### 1. Aproximação

"Juspositivismo" é vocábulo que expressa um conjunto de doutrinas que se referem às normas como decorrência da vontade humana, o direito positivo. Daí que é designado de *jus positivum* o direito que foi posto, produzido ou imposto por um sujeito ou conjunto de sujeitos.

O problema é que a expressão "positivismo jurídico" segue a mesma sorte do "jusnaturalismo": o seu significado é de difícil apreensão unitária. Esta foi uma das razões pelas quais Giovanni Tarello, em mesa redonda, avaliando os muitos sentidos apresentados, afirmou:

«Depois de um período que não foi breve de atenção à locução "positivismo jurídico", agora temos à disposição uma boa lista de empregos registrados, denominadas usadas com as mais diversas conotações. Esta lista é, além de bonita, também muito longa; e as coisas nela incluídas são, além de laboriosamente cuidadas e esquematizadas, também muito dispersas.

Sendo este o caso, poder-se-ia esperar (eu, por exemplo, teria esperado) um aumento de vozes para sugerir que a mais apropriada medida, nesta sede de discussão teórica, é a de não a usar mais, isto é, de eliminar o termo "positivismo" e a expressão "positivismo jurídico".<sup>719</sup>

A sugestão de Tarello foi clara. Ao invés de empregar positivismo jurídico, as teorias com base em normas cuja origem são atos humanos deveriam ser chamadas pelos nomes que lhes seriam próprios. De todo modo, ainda hoje, são muito utilizadas tanto a palavra "juspositivismo" como a locução "positivismo jurídico". Assim, por tradição didática, tanto uma como a outra foram mantidas neste Capítulo.

### 2. Método, teoria, ideologia

Deve-se a Norberto Bobbio uma das exposições mais interessantes e claras a respeito de como o positivismo jurídico tem historicamente se apresentado: como um "método do estudo do direito"; como uma "teoria do direito"; e como uma "ideologia do direito".<sup>720</sup> Portanto:

(1) "Positivismo jurídico como método": como método diz respeito ao modo como os positivistas jurídicos delimitam o objeto de suas pesquisas e, por conseguinte, a função que atribuem à pesquisa que empreendem. Desta maneira,

719 G. Tarello (1966), p. 823.

720 N. Bobbio (1996), pp. 245-250. Para uma detida análise do positivismo metodológico e as suas raízes, E. Bulygin (2007); e, com forte acento de sua construção histórica, consulte-se W. E. Conklin (2001).