

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUC-SP

COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire



Tomo de

TEORIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO

COORDENAÇÃO DO TOMO

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO

Pedro Paulo Teixeira Manus

DIRETOR ADJUNTO DA FACULDADE DE DIREITO

Vidal Serrano Nunes Júnior

Editado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

São Paulo, abril de 2017

DIREITO NATURAL E JUSNATURALISMO

Alvaro Luiz Travassos de Azevedo Gonzaga

INTRODUÇÃO

Observando o modo como se aprende a ciência jurídica nas Faculdades de Direito, percebe-se uma determinada incompletude. Nas palavras de Marilena Chauí, um convite à aceleração e contração com o crescimento das redes virtuais, desprestigiou os saberes ligados à vida intelectual. É-se introduzido num sistema positivista, que confunde e resume os significados na estreita relação do Direito com a Lei sancionada e promulgada. Desse modo, a Filosofia (seja a Filosofia Geral e, no particular, a Filosofia do Direito), a História, a Política, a Antropologia, a Sociologia e a Teoria Geral do Direito, disciplinas propedêuticas, enfim, ficam relegadas ao esquecimento e, quando e se mencionadas, são alvo de diversos tipos de preconceitos.

A que isso se presta? De fato, ao mercado que atira a vida dos novos juristas aos cursos preparatórios. O Direito torna-se, gradualmente, mecanismo de direcionamento da vida, do capital humano, a um nível baixo de memorização acrítica de artigos de lei, aumentando o controle do Estado sobre aquilo que se retém sem refletir.

Desse modo visto a realidade e a *práxis* quotidiana, buscou-se questionar o que seria mais vantajoso: dedicar a vida intelectual aos sistemas de pensamento que servem de fundamento à ciência do Direito, ou esforçar-se por escalar a montanha obscura da memorização positiva do legalismo acadêmico.

Optando pelo primeiro esforço, a saber, conjugar ao estudo do Direito a Filosofia, a História, a Política e as demais disciplinas propedêuticas, experimenta-se uma imersão em temas essenciais à formação do jurista em geral e dos operadores do direito no particular. Um desses temas de relevante interesse é aquele que trata do Direito Natural, do Jusnaturalismo, do Direito Positivo e do Positivismo Jurídico.

A fim de melhor analisar o Jusnaturalismo e verificar o Direito Natural como alicerce do Direito Positivo, é importante estudar as distinções, aproximações e conflitos entre o Direito Natural, o Jusnaturalismo, o Positivismo Jurídico e o Direito

Positivo. Além disso, expor-se-ão as principais ideias (jusfilosóficas) surgidas ao longo da História da humanidade, desde a Antiguidade, passando pela medievalidade, pela modernidade (com a ruptura do pensamento jusnaturalista teocêntrico, e a inclusão do elemento racional moderno de Hugo Grócio) e chegando a visão contemporânea do jusnaturalismo, que o extrai da história e culmina invariavelmente na pessoa humana.

SUMÁRIO

Introdução.....	1
1. O direito natural clássico e medieval – Considerações aristotélico-tomistas	2
1.1. O Direito Natural na Antiguidade	3
1.2. O Direito Natural em São Tomás de Aquino	7
2. Direito Natural Moderno e Contemporâneo	9
2.1. Direito Natural e Contratualistas Clássicos.....	9
2.2. Hugo Grócio	11
2.3 Direito Natural e Positivismo Jurídico nas Discussões Contemporâneas.....	12
3. Conclusão.....	18
Referências	22

1. O DIREITO NATURAL CLÁSSICO E MEDIEVAL – CONSIDERAÇÕES ARISTOTÉLICO-TOMISTAS

Para uma definição de Direito Natural, de acordo com José Pedro Galvão de Souza,¹ pode-se dizer que a expressão *Direito* comporta diversas acepções. Dentre estas, *Direito* corresponde ao latim *jus*, usada pelos romanos para designar o *justum*, ou seja, o justo objetivo; também quer significar a expressão *lex*, ou norma de direito, determinando o que medida do justo e também significando *licitum* e *potestas*, o direito

¹ DE SOUZA, J.P. Galvão. *O positivismo jurídico e o direito natural*. p.10.

subjetivo; ao fim, Direito também quer significar *jurisprudencia*, a atual Ciência Jurídica.

Ora, sendo a lei que determina o justo bem como os direitos subjetivos, não se pode admitir que ela seja elaborada de forma arbitrária, ao sabor das paixões do legislador. Desse modo, é necessário que ela se reporte a uma justiça anterior e superior às leis positivadas. Aquelas estabelecem os direitos que não dependem de prescrições legais pois fundamentam-se na lei natural.

O Jusnaturalismo, por sua vez, é uma doutrina segundo a qual existe – e pode ser conhecido – um “direito natural” (*ius naturale*), ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetivas² diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo). Tem validade em si, é anterior e superior ao Direito Positivo e, em caso de conflito, é ele que deve prevalecer.

Note-se a primeira e fundamental diferença: Direito Natural não quer dizer Jusnaturalismo e vice-versa. Este se refere às escolas de Direito Natural que se desenvolveram e tiveram concepções distintas do Direito Natural a depender do momento histórico em que se fundaram.

1.1. O direito natural na antiguidade

As primeiras manifestações de jusnaturalismo são encontradas na Antiga Grécia. Lá haverá o primeiro contexto histórico de desenvolvimento da doutrina do Direito Natural.

O Direito Natural da Antiguidade está presente em Platão e em Aristóteles, mas também é importante não olvidar que foi elaborado na cultura grega, principalmente, pelos Estoicos, para quem toda a natureza era governada por uma lei universal racional e imanente. Afirma Jacques Leclercq³ que o Direito Natural é o resultado dos princípios mais gerais sobre a ordem do mundo, usados para que se oponham aos governantes injustos.

² BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. p. 655. Traz Norberto Bobbio: “O Jusnaturalismo é uma concepção segundo a qual existe e pode ser conhecido um ‘direito natural’ (*ius naturale*), ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo) ”.

³ LECLERCQ, Jacques. Do direito natural à sociologia. *Coleção doutrinas e problemas, volume IV*. Org.: SANTA CRUZ, Benvenuto de (Fr.). pp. 20-21.

Convém lembrar a esse respeito a tragédia de Sófocles, *Antígona*, que é um excelente símbolo para demonstramos a ideia da existência de um justo por natureza, que se contrapõe a um justo por lei. Antígona deseja enterrar seu irmão Polinice, que atentou contra a cidade de Tebas, mas o tirano da cidade, Creonte, promulgara uma lei, impedindo que os mortos que atentaram contra as normas da cidade fossem enterrados – o que era uma grande ofensa para o morto e sua família, pois a alma não faria a transição adequada ao mundo dos mortos.

Ora, sem um ritual fúnebre adequado (limpeza, purificação e preservação da integridade do corpo), como poderia Polinice, que morreu valorosamente em combate, de acordo com a *areté* aristocrática, reaparecer em seu corpo de sombra no Hades? Percebe-se que a Lei Positiva da *pólis* impede que o Direito Natural de Polinice a um funeral. O que fazer ante tão injusto imperativo? Antígona realiza os ritos fúnebres e sepulta o irmão, resistindo à Lei Positiva e fazendo valer o Direito Natural, muito embora conde-se à morte. Interpelada de como pôde transgredir a lei, Antígona responde: “[...] *Essas não são as leis que fixaram para os homens e jamais pensei que tivesse defesas tão poderosas capazes de permitir a um mortal transgredir as leis não escritas, as inabaláveis leis divinas*”.

Antígona, enfurecida, voltou-se contra o direito positivo. Sozinha reage à norma imposta e enterra o irmão, desafiando todas as leis da cidade. Antígona é, então, capturada e levada até Creonte, que a sentencia à morte.

Já Platão, em suas obras constrói uma distinção entre corpo e alma e uma proposta de justiça bastante ligada a moralidade. É aqui que fala que as leis dos homens devem observar o engendramento da natureza para serem construídas.

Tal afirmação encontra fundamento na *República* quando, ao indagar-se sobre o que é a *Justiça*, respondem os interlocutores do diálogo que esta, no homem, é o governo dos apetites e da cólera pela razão e, na cidade, um conjunto hierarquizado de funções, sendo cada uma dessas funções respeitando seus próprios movimentos e sua própria *aretè*. A cidade justa será aquela em que o Filósofo governa, o militar defende e os ligados ao comércio proveem a sociedade. A seleção das pessoas para essas funções seria feita segundo um rígido sistema educacional que seleciona os mais capazes para os

mais altos cargos e os menos para os menores, respectivamente: Magistraturas, Militar e Atividades Comerciais.⁴

As duas dimensões são essenciais: tanto do indivíduo, como da cidade. Porque o indivíduo forma a *polis* e a *polis* forma o indivíduo. Desse modo, ver-se-á no diálogo *Leis* assim como em a *República*, que a finalidade das leis é a educação na virtude, além dos contratos, sucessões, crimes e respectivas sanções penais, etc.⁵

Em se tratando de Aristóteles em seu livro V da *Ética Nicomaquéia* constrói a distinção entre o justo universal e o justo particular, denotando que existe uma lei natural e universal que rege a tudo e também não menosprezando as leis particulares que observam as culturas locais.

Deve-se considerar como conclusivo, nas lições Vandyck Nóbrega de Araújo,⁶ que o Direito é Ser e que a substância própria do Direito é a Justiça, pois aquele move-se pela necessidade humana desta. O que é justo, portanto, age como motor do fenômeno jurídico, que move, por sua vez, a *pólis* em direção à harmonia social, que é a entelúquia do homem político. Permitida estará, portanto, por meio do Direito Natural, a realização da amizade e, conseqüentemente, da felicidade do homem.

O que se quer dizer com ser a Justiça substância (*ousía*) do Direito? Marilena Chauí⁷ pode fornecer os critérios para a construção da resposta. A substância é o Ser como princípio ontológico e epistemológico, ou seja, como condição para que haja *Ser* e que o *ser* possa ser conhecido; é, também, o Ser como causa (*aitia*), no sentido já explicado das quatro causas; é, ainda o Ser no sentido de substrato,⁸ logo, a substância não é qualidade, quantidade, lugar, tempo ou qualquer categoria, mas é a condição de possibilidade delas; e, por fim, no de essência: é a natureza da substância, aquilo por meio do que ela *É* (afastados os acidentes possíveis) e sem o que deixaria de Ser.

A resposta à pergunta “*O que se quer dizer com ser a Justiça substância do Direito?*” é, portanto, que a Justiça é o princípio (portanto, como ensina Giovanni Reale,⁹ a fonte, o que mantém, o que movimenta e a finalidade) que permite Ser o Direito (*vir a ser e persistir no ser*), bem como ser conhecido e inteligível pelas suas causas; permite

⁴ CHAUI, Marilena de Souza. *Introdução à história da filosofia*, vol. I. pp.308 e seguintes.

⁵ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. pp. 28 e ss.

⁶ DE ARAÚJO, Vandyck Nóbrega. *Fundamentos aristotélicos do direito natural*.

⁷ *Op. cit.*, p. 389-91.

⁸ *Hypokeiménon* – servir de base, fundamento, alicerce e suporte.

⁹ REALE, Giovanni. *História da filosofia*, vol. I: filosofia pagã antiga.

suas variações encontradas nos mais diversos ordenamentos jurídicos e, mais importante, sem o que o Direito deixaria de *Ser*, tornando-se apenas norma.

Retomando a *Ética à Nicômaco*, especificamente o Livro V ponto VII, percebesse o fecho perfeito da resposta com as lições de 1134b25 em diante:

“Alguns pensam que a Justiça é por convenção, porque o que é por natureza é imutável e tem o mesmo poder em toda parte – por exemplo, o fogo arde aqui e na Pérsia –, por outro lado, veem a justiça sempre a alterar-se. Isto não se passa absolutamente assim; mas admite determinações. Ou seja, ainda que junto dos deuses a alteração esteja completamente excluída, junto de nós existe algo que, embora seja por natureza, é totalmente alterável.

E é fácil ver no horizonte do que admite alteração qual é a forma da justiça natural bem como a forma da justiça que, embora não se constitua naturalmente, é legal e ainda existe por convenção, ainda que ambas as formas estejam expostas à alteração. (...)”.

Assim, estribando-se ainda nas considerações de Vandyck Nóbrega, é de se concluir que o Justo Natural é aquele que se mantém em toda a parte o mesmo efeito, não se submetendo às volições particulares baseadas no utilitarismo. Por isso que Aristóteles diz que algo pode ser natural e mutável: pode ser a lei e a conduta justa, assim como as prescrições de justiça diversas, desde que os efeitos do Justo sejam os mesmos meios proporcionais aritméticos ou geométricos conforme o sentido e o caso – em outras palavras, é substancialmente imutável, válido em toda parte e com o mesmo efeito de caráter geral, mas na sua realização concreta, mutável.

Não se percebe, ao fim e ao cabo, uma antítese com o Direito dito positivo. Este, por possuir lacunas originadas da vontade humana e ser essencialmente convencional e político, que estabelece a norma jurídica e decide com o olhar casuístico, é integrado em suas lacunas e falhas pelo *Physikon Dikaion*. Pode-se afirmar, então, que a solução de determinada causa será alcançada em conjunto pelo uso de ambos: do direito positivo e do direito natural, muito embora aquele não seja válido em todos os lugares e este, através da substancia da Justiça, o é.¹⁰

¹⁰ De se notar que a obediência devida às leis positivas é, em última análise, condicionada a sua conformidade da fórmula “A lei não tem paixões que necessariamente se encontram em cada alma humana” (*Política*, 1286a).

O romano Cícero defende a existência de uma lei “verdadeira”, conforme a razão, imutável e eterna, que não muda com os países e com os tempos. Acredita, ainda, que o homem não pode violar a própria natureza humana. Conforme se lê na sua *República*,¹¹ “Existe uma lei verdadeira, que é a reta razão, conforme com a natureza, presente em todos, imutável e imperecível [...]”.¹²

Para os estoicos, a Natureza será uma causa-eficiente que, movendo-se de per si, coloca em movimento o mundo e os seres vivos no mundo.¹³ As expressões: *justo natural* ou *moral*, significam que as regras jurídicas vêm da natureza, do *logos* que está contido, mesmo que em pequena parcela, em tudo aquilo que é: *natura initium juris*, fundamento do direito, conforme o *De Legibus I, 5, 16*. Nesse sentido, pode-se dizer com Cícero que o Direito provém da Natureza.

Santo Agostinho, em sua obra *Cidade de Deus*, apresenta a distinção e a hierarquia entre as leis Eterna e lei humana. Para ele, a lei eterna inspira a lei humana, da mesma forma que a natureza divina inspira a natureza humana. Em outras palavras, a fonte última de toda lei humana seria a própria lei eterna que se manifesta na lei natural.

1.2. O direito natural em São Tomás de Aquino

Na Idade Média temos a doutrina, para alguns, de um direito natural que se identificava com a lei revelada por Deus a Moisés e com o Evangelho. Foi obra, sobretudo de Graciano (séc. XII) e de seus comentadores.

Santo Tomás recebeu de Roma, ao tempo da Suma, a missão de cristianizar Aristóteles, colocando-o, dentro do possível, de acordo com Santo Agostinho e com os princípios do catolicismo e o direito canônico que já não atendia à sociedade de forma satisfatória. Portanto, é nesse sentido que retomará Aristóteles e a doutrina do direito natural, porém, sem o viés da originalidade: há muito mais ordem na doutrina e um tratamento, conseqüentemente, muito mais explícito do que se depreende de Aristóteles.

São Tomás de Aquino ordena a ideia supracitada, ao afirmar que a Lei Natural

¹¹ *República*, III, 22, 33.

¹² Observe-se que para Michel Villey, *op.cit.* p. 457-8, o estoicismo no geral e o estoicismo ciceroniano no particular de não correspondem ao Direito Natural, que apenas se encontra bem formulado em Aristóteles e Santo Tomás de Aquino.

¹³ VILLEY, Michel. *Op. cit.* p. 466.

é aquela fração da ordem imposta pela mente de Deus, governador do Universo, que se acha presente na razão do Homem.

Tomás ensina que a Justiça ordena os atos dos homens entre si conforme uma igualdade (assim como foi dito em Aristóteles), considerando uma ação justa aquela que seja, segundo uma certa igualdade, igual a ação de outrem. Ato justo será aquele com efeitos de justiça, sem levar em consideração a disposição de ânimo de quem o pratica. Isso permite Santo Tomás designar o Direito como objeto determinado da Justiça, que é por si mesma virtude e sua essência, pois a razão tem uma concepção da obra justa na forma de uma regra de prudência (qual seja capacidade da razão especulativa de conhecer o futuro pelo presente e pelo passado, com perspicácia e de modo a prever os acontecimentos incertos, com vistas a um certo fim), que orienta o legislador e materializa-se na *lex humana*, que é uma razão do direito.

E o que é, portanto, a Justiça? Ora, a Justiça¹⁴ “*é um hábito pelo qual, com vontade constante e perpétua, atribuímos a cada um o que lhe pertence*”. É uma virtude pois torna bons os atos humanos, portanto, há que ser um hábito, sendo seus préstimos relativos a outrem (ou seja, implica bipolaridade), de modo voluntário, estável e firme.¹⁵ Observa São Tomás que *vontade e perpetuidade* querem dizer, respectivamente, propósito perpétuo de sempre observar a justiça e perseverar firmemente nessa resolução. O juiz o faz mandando e dirigindo, como justiça encarnada, o chefe como guarda da justiça e os súditos a título de execução.

Assim, retornando à questão relativa ao Direito,¹⁶ Santo Tomás diz que:

“Como já dissemos, *o direito ou o justo*, implica uma obra adequada a outra por algum modo de igualdade. [...] O natural a um ente de natureza imutável há que ser necessariamente tal, sempre e em toda parte. Ora, a natureza do homem é mutável. Por onde pode a natureza do homem, às vezes, falhar. [...] A vontade humana, em virtude de um consentimento comum, pode determinar o justo, em coisas que por si mesmas em nada repugnam à justiça natural. E a tal se aplica o direito positivo. Por isso, o Filósofo diz, que o justo legal é o que, a princípio, pode ser indiferentemente de um modo ou de

¹⁴ S.T., II^a II^e, q. LVIII, art. I.

¹⁵ Pois a teoria dos atos de virtude de Aristóteles exige que o ato virtuoso deve ser praticado de modo ciente, com eleição e para um fim devido e que seja imutável. Assim, conjuga-se à vontade, a constância e a perpetuidade.

¹⁶ S.T., II^a II^e, q. LVII, art. II.

outro; mas uma vez estabelecido deve permanecer no que é, mas o que em si mesmo repugna ao direito natural não pode a vontade humana torná-lo justo”.

No artigo seguinte, Tomás de Aquino reafirma o que se disse: o direito ou o justo natural, é o que, por natureza, é adequado e proporcionado a outra coisa. Essa adequação se resolve ou por consideração absoluta em si mesma (p.ex.: do macho com a fêmea para que gere e do pai para que nutra o filho); ou por atender a uma consequência resultante da natureza da coisa a que se refere (p.ex.: um campo a que concorram dois proprietários deve ser destinado àquele que dele fizer uso pacífico e produtivo).

Ampliando os ensinamentos de Michel Villey,¹⁷ podemos perceber em Tomás, a título de conclusão, uma relação de continuidade que envolve a *Lex Aeterna*, a *Lex Naturalis* e a Justiça como substância-essência do Direito (portanto o próprio Direito-Justo, ou *Ius*), seja natural e positivo.

2. DIREITO NATURAL MODERNO E CONTEMPORÂNEO

É na modernidade que o Jusnaturalismo rompe com a visão teocêntrica. Hobbes, em sua obra, *De Cive* observa a Lei natural como algo que existe tanto no Estado de Natureza como no Estado Político, ocorre, entretanto que esta Lei se subordina a Lei Civil no caso político, e isso gera uma profunda discussão se Hobbes é ou não um Jusnaturalista. Rousseau ao propor uma organização política que vise o bem comum, resgata no Direito Natural sua inspiração. Locke, com sua visão contratualista considera que a Propriedade é algo natural.¹⁸

2.1. Direito natural e contratualistas clássicos

Na definição de Thomas Hobbes, temos a seguinte constatação:

“Uma Lei de Natureza (*lex naturalis*) é um preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o

¹⁷ VILLEY, Michel. *Op. cit.* p.151.

¹⁸ Entende-se por *Contratualismo* as doutrinas segundo as quais o Estado é formado por um contrato entre os homens em *Estado de Natureza*, para que satisfaçam uma necessidade de autopreservação, materializada na segurança física, manutenção da propriedade privada, na produção, troca, distribuição e consumo de recursos escassos.

que possa para destruir a sua própria vida ou privá-lo dos meios necessários para a preservar, ou omitir aquilo que pense melhor contribuir para a preservar.”¹⁹

E complementa o mesmo filósofo ao tratar da lei natural e da lei positiva, em importante assertiva:

“Outra maneira de dividir as leis é em naturais e positivas. As [leis] naturais são as que têm sido desde a eternidade, e não são apenas chamadas naturais, mas também leis morais. Consistem nas virtudes morais, como a justiça, a equidade, e todos os hábitos de espírito propícios à paz e à caridade.

As positivas são as que não existem desde toda a eternidade, e foram tornadas leis pela vontade daqueles que tiveram o poder soberano sobre os outros. Podem ser escritas, ou então dadas a conhecer aos homens por qualquer outro argumento da vontade do legislador.”²⁰

De acordo com Leo Strauss e Laurence Bernes,²¹ Thomas Hobbes busca refutar as Teorias Clássicas, alegando que fracassaram na busca pela paz, justamente por admitir que o homem fosse um animal naturalmente político e social. Ao fazer isso, alinha-se à tradição epicurista, fundamentando-se no pressuposto de que o homem é apolítico e que o bem fundamental (que, portanto, não pode ser comum), é idêntico ao prazer: funda, assim, o hedonismo político.

Muito embora isso, afirmam os dois autores²² que, para Hobbes, o mais admirável dos filósofos antigos seria Platão, que estabeleceu a matemática como a mãe de toda ciência da natureza. Dessa forma, conclui-se que a filosofia hobbesiana orientar-se-á pelo mecanicismo da matemática e da física epicurista, pois somente a matemática sobrevive ao ceticismo que sempre atravessou os tempos.

Para John Locke (1632-1704), os direitos naturais decorrerão da Lei Natural, numa refutação à Thomas Hobbes e afiliação ao pensamento tradicional.²³ Esta seria um imperativo da razão, eterno e imutável, evidente e inteligível para todos os homens. Ainda, a mesma Lei Natural seria uma declaração da vontade de Deus, conhecida como tal e dotada de sanções transcendentais, tal qual castigo eterno ou visão beatífica.

¹⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã – ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástica e civil*. p. 112.

²⁰ HOBBS, Thomas. *Op. cit.*, p. 242.

²¹ STRAUSS, Leo. *Direito natural e história cit.* p. 147 e ss; BERNES, Laurence. *Thomas Hobbes. História da filosofia política cit.* p. 355 e ss.

²² *Idem.* p. 147 e ss.

²³ STRAUSS, Leo. *Op. cit.*, p. 174 e ss.

Acontece que por não conseguir demonstrar a existência de outra vida em um plano transcendente, a razão natural não seria capaz de conhecer a Lei Natural como lei. A solução para isso veio com a boa-nova trazida pelo Cristo, que deu a conhecer aos homens, através da união hipostática, a Revelação em diversos campos.

O contratualismo de Jean-Jacques Rousseau seguirá pela mesma base. A obra fundamental para a pesquisa será o *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*, a despeito de se pensar que seja *Do Contrato Social*, pelo motivo de que no *Discurso*, analisa o homem no estado de natureza que se reuniria para formar o Estado.

Rousseau admira os clássicos, como se depreende da leitura dessas duas obras fundamentais. Para ele, a virtude é sobretudo a virtude política, um dar-se ao pacto, que o renova constantemente. Abandona-se a Liberdade natural para que se concretize a liberdade convencional.

2.2. Hugo Grócio

Célebre de modo a ser tratado em apartado, em relação à matéria tratada, está o holandês Hugo Grócio. Sua obra, *Do Direito da Guerra e da Paz*, muito se discute até hoje.

Advogando para a Companhia das Índias Holandesas, fez sua a causa da burguesia mercantil que, a despeito das questões religiosas da época, queria aumentar suas posses coloniais, desenvolver seu comércio e seu luxo. Assim, tornou-se advogado da paz e da humanização das guerras.²⁴

Fortemente influenciado pelo estoicismo ciceroniano e, em parte, pelo calvinismo, Grócio construirá uma teoria de que a fonte do direito será a moral neo-estóica e a razão natural que Deus inscreveu no coração do homem, válida por sua própria natureza, independentemente de costumes, opiniões particulares ou fronteiras, considerando os homens como dotados de um parentesco natural.

Essa lei determina que cada um possa preservar a si mesmo, apossar-se e acrescentar ao seu patrimônio os bens que julgar úteis à sua existência, cumprir as

²⁴ VILLEY, Michel. *Op. cit.*, p. 635 e seguintes.

promessas feitas e não prejudicar a outrem (decorrendo daí uma extensão aos tratados internacionais, principalmente).

A grande audiência que teve a doutrina do direito de Grócio justifica-se pois é baseada no conceito de *kosmopolis*²⁵ e favorecida por uma época de Estados pertencentes a confissões cristãs diferentes, um direito natural baseado na moral estoica, laica (ou dessacralizado) e tendente a formar uma comunidade humana.

A fonte última do direito, portanto, será a moral – pois o justo está no homem (ao contrário de Aristóteles em que o justo se encontra também nas coisas) e na sua razão, que lhe é essência. O Direito Natural é o ditado da reta razão presente no homem: *Jus est regula actuum moralium obligans ad id quod rectum est* – Os primeiros princípios do direito são as regras morais inscritas na consciência do homem.

Tal doutrina abre caminho no campo da Moral, do Direito e da Política, ao iluminar a cultura laica e antiegológica. Com a transição de governos autoritários fundados no indivíduo, surgem governos democráticos que buscam, senão a unidade, ao menos a maioria.

Por conta disto, sentia-se uma forte necessidade de reformas legislativas que dessem ao direito, principalmente, uma certeza. O jusnaturalismo, com sua teoria de um direito absoluto e universalmente válido, porque ditado pela razão, era capaz de oferecer as bases doutrinárias para uma reforma racional da legislação.

2.3 Direito natural e positivismo jurídico nas discussões contemporâneas

Segundo Kant o estado civil nasce não para anular o direito natural, mas para possibilitar seu exercício através da coação. O direito estatal e o direito natural não estão numa relação de antítese, mas de integração. O que muda na passagem não é a substância, mas a forma; não é, portanto, o conteúdo da regra, mas o modo de fazê-la valer.

²⁵ CHAUÍ, Marilena de Souza. *Introdução à história da filosofia*, vol. II. p. 20. A dissolução dos antigos quadros políticos e sociais decorrente da conquista da Grécia pelos Macedônicos, as misturas populacionais e o nascimento de novas sociedades farão nascer solidariedades e comunidades – portanto, uma era cosmopolítica, onde importa menos a participação do cidadão, visto que o império controla as decisões (extinguindo-se as reuniões da *ágora*), e mais a liberdade individual interior.

Em Kant, a noção de direito natural está desenvolvida na *Metafísica dos costumes* e nada tem a ver com o que a noção possuía entre os escolásticos ou mesmo entre os modernos (Grotius, Puffendorf etc.). Segundo Kant, leis naturais correspondem às leis externas, cuja obrigatoriedade pode ser reconhecida a priori pela Razão. E o princípio que converte uma certa ação pautada na obrigatoriedade moral em Dever é uma lei prática. Neste sentido, tem-se a constatação:

Kant pôde conceber uma filosofia da história política porque encontrou na natureza do homem uma garantia que assegurava o sentido das ações efetivas da humanidade. Mas esse sentido político refere-se apenas à liberdade externa. A liberdade interna do homem deve realizar-se também na história e tornar efetivo nela o reino da moralidade, ou reino de Deus.²⁶

Na história da filosofia jurídico-política, o jusnaturalismo aparece em, pelo menos, quatro versões fundamentais, também com suas variantes:

a) *uma lei “natural” em sentido estrito*, fisicamente conatural a todos os seres animados à luz de instintos;

b) *uma lei estabelecida por vontade da divindade* e por esta revelada aos homens;

c) *a lei ditada pela razão*, específica, portanto, do homem que a encontra autonomamente dentro de si;

d) *uma lei com escopo de garantir a dignidade da pessoa humana*.

Após essa reforma da legislação, surge uma pergunta: o que traz mais segurança – o jusnaturalismo (racional, moderno) ou as leis positivadas a partir deste jusnaturalismo?

A resposta são as leis positivadas, uma vez que todos as conhecem. Já nesta época, a doutrina alemã ataca o jusnaturalismo, e o Positivismo Jurídico ganha força. Hans Kelsen, no início do século XX, começa a solidificar o Positivismo Jurídico, com sua Teoria Pura do Direito. Importante observar que, paralelamente, o cientificismo ganha cada vez mais força posicionando várias áreas do saber e colocando o Direito em uma situação de necessária teorização a fim de ter seu espaço definido e não ser uma parte de determinada ciência, como as ciências sociais, por exemplo.

²⁶ HERRERO, Francisco Javier. *Religião e história em Kant*, p. 147.

Cite-se a esse respeito as subcorrentes positivistas, como a Escola da Exegese, que é considerada como a máxima expressão do positivismo. Foi formada pelos intérpretes do Código Cível Francês, mais conhecido como Código de Napoleão (1804).

A Escola da Exegese tinha como característica a interpretação minuciosa do texto da lei. O método literal-gramático foi adotado pela Escola. Na busca do significado da lei era somente considerado o que a gramática propunha, ou seja, aplicar estritamente o que dizia o texto sem obscuridade ou ambiguidade.

Dessa forma, o juiz passou a ser somente um intérprete da lei e um funcionário do Estado. A Escola não considerava válidas outras fontes de Direito que não originárias do código, descartando assim o costume e tendo total repulsa à atividade da jurisprudência.

Outro aspecto da Escola Exegética é a estatalidade, ou seja, todo o poder de competência do legislador deixa o Direito em absoluto de forma estatizada. As influências do positivismo legal da Exegese firmaram a base teórica do racionalismo jurídico ocidental moderno.

Com relação à Escola Histórica, pode-se dizer, com Savigny, que cada povo tem seu próprio Direito que é fundado em elementos culturais (como a língua, religião, costumes etc.). Esse Direito não seria algo imutável: ele se desenvolve com aquele povo, “nasce, cresce e morre quando perde a sua personalidade”. Segundo ele, o Direito não deveria ser visto como uma mera soma de elementos, mas sim como um conjunto de institutos jurídicos que surge da consciência do povo, perceptível através da instituição do jurídico, gerado da prática cultural daquela nação. Esse seria o famoso conceito de *Volksgeist* (traduzido seria “o espírito do povo”). Concluindo, a Escola Histórica Alemã, tendo como “fundador” Savigny, dizia que o Direito é um produto histórico, não sendo resultado da mera vontade do legislador. Ele surge da consciência de cada povo, baseado nos seus costumes. Considera que as codificações estagnariam o Direito, impedindo sua evolução.

Já a escola da Jurisprudência dos Conceitos tem origem com os juristas da Escola Histórica, os pandectistas. Essa corrente tinha como objetivo extrair, das antigas instituições do Direito, conceitos capazes de serem utilizados em diferentes épocas e lugares, tornando assim o Direito universal. Para isso é utilizado o método lógico-

sistemático (interpretação realizada com base em todo o sistema jurídico conforme o contexto), que tentava construir uma unidade no meio da diversidade normativa.²⁷

A teoria Pura do direito de Kelsen parte de outras bibliografias necessárias para compreender sua crítica a um direito não puro, que não considere apenas a norma e as proposições normativas como objeto científico do direito, em especial nos referimos as seguintes obras: *O Problema da Justiça*, *A Ilusão da Justiça* e *O que é a Justiça*; nessas obras há uma crítica ferrenha ao conceito de justiça como sendo algo vago e parcial, que não pode ser objeto da ciência.

Como sabemos, a estrutura científica proposta por Kelsen fundamenta a possibilidade de criação de Estados totalitários, e é o que se fundamenta as teses defendidas pelos algozes no tribunal de Nuremberg.

O pós-segunda guerra mundial vê no jusnaturalismo, por se fundamentar nos valores morais, uma boa solução para a situação posterior à II Guerra Mundial.

Havia uma necessidade de controle do Estado, que culminou na criação da ONU e nesse “saudosismo jusnaturalista”, por assim dizer, uma ideia de buscar na história uma saída para os problemas que se revelavam na época. Ainda assim, existia uma consciência de que não havia valores morais universais.

Esse novo momento do jusnaturalismo, portanto, considerava o Direito Natural como histórico e não mais universal e imutável. Segundo o próprio professor Miguel Reale podemos entender, ainda, que, se investigarmos com atenção nossa atualidade, encontraremos, na pessoa humana, o valor fundante do jusnaturalismo.

Ao longo da história o tema Direito Natural e o Jusnaturalismo permeiam as tramas que temos na construção de teorias sobre o direito. Mas uma coisa é certa, caso o direito positivo não busque uma fundamentação esvaziado de valores morais estará certamente caminhando para uma crise.

De perspectiva diversa, abordemos por fim o positivismo jurídico. O positivismo jurídico é a tese de que a existência e o conteúdo do direito dependem de fatos sociais e não de seus méritos.

²⁷É Puchta, discípulo de Savigny, que desenvolve a genealogia dos conceitos, a genealogia tem como base a busca de conceitos em princípios gerais, a aplicação de normas conforme os conceitos da ciência jurídica sem nenhuma influência externa. Formulou também a pirâmide de conceitos, onde deu ênfase ao caráter lógico-dedutivo do sistema jurídico, que era capaz de “por si só gerar uma conclusão que servisse de juízo concreto para cada decisão”.

O jurista inglês John Austin (1790-1859) formulou o positivismo jurídico nos seguintes termos: "A existência da lei é uma coisa; seu mérito e demérito outro. Seja ou não seja um inquérito; seja ela ou não compatível com um padrão assumido, é um inquérito diferente". A tese positivista não diz que os méritos da lei sejam ininteligíveis, sem importância ou periféricos à filosofia do direito. Diz que não determinam se existem leis ou sistemas legais.

A questão de saber se uma sociedade possui um sistema jurídico depende da presença de certas estruturas de governança, e não da medida em que satisfaz os ideais de justiça, democracia ou Estado de direito. Quais as leis em vigor nesse sistema dependem das normas sociais que seus funcionários reconhecem como autoritativas. Por exemplo, decretos legislativos, decisões judiciais ou costumes sociais.

O fato de uma política ser justa, sábia, eficiente ou prudente nunca é razão suficiente para pensar que ela é realmente a lei, e o fato de que ela é injusta, imprudente, ineficiente ou imprudente nunca é razão suficiente para duvidar dela. De acordo com o positivismo, o direito é uma questão do que foi posto (ordenado, decidido, praticado, tolerado, etc.). Como diríamos num vocabulário mais moderno, o positivismo é a visão de que a lei é uma construção social.

As críticas mais influentes sobre o positivismo jurídico fluem, de uma forma ou de outra, da suspeita de que ela não dá a moral ao seu devido dever. Uma teoria que insiste na facticidade do direito parece contribuir pouco para a nossa compreensão de que o direito tem funções importantes para fazer a vida humana cada vez melhor, que o Estado de Direito é um ideal valorizado e que a linguagem e a prática do direito são altamente moralizadas. Assim, os críticos do positivismo sustentam que as características mais importantes do direito não se encontram em seu caráter de fonte, mas na capacidade do direito de promover o bem comum, garantir os direitos humanos ou governar com integridade. É um fato curioso sobre as teorias anti-positivistas que, embora todos insistam na natureza moral da lei, sem exceção, eles tomam sua natureza moral como algo bom. A ideia de que a lei pode ser moralmente problemática não parece ter ocorrido a eles.

É indubitável que considerações morais e políticas se prendem com a filosofia jurídica. Como Finnis diz, as razões que temos para estabelecer, manter ou reformar a lei incluem razões morais, e essas razões, portanto, moldam nossos conceitos jurídicos

(p. 204). Mas que conceitos? Uma vez que se admite, como faz Finnis, que a existência e o conteúdo da lei podem ser identificados sem recorrer ao argumento moral, e que "*a lei humana é artefato e artifício e não uma conclusão a partir de premissas morais*", o aparato tomista que ele tenta ressuscitar é largamente irrelevante para a verdade do positivismo jurídico. Isso vicia também as críticas de Lon Fuller a Hart.

Além de algumas afirmações confusas sobre adjudicação, Fuller tem dois pontos principais. Primeiro, ele acha que não basta que um sistema jurídico assente em regras sociais costumeiras, uma vez que a lei não pode orientar o comportamento sem ser pelo menos minimamente clara, consistente, pública, prospectiva, isto é, sem exhibir, até certo ponto, aquelas virtudes coletivamente chamadas de "o Estado de Direito". Basta observar que isso é perfeitamente consistente com o fato de que a lei é baseada na fonte. Mesmo que as propriedades morais fossem idênticas ou sobrepujadas a essas propriedades do estado de direito, elas o fazem em virtude de seu caráter de regra e não de seu caráter de lei. Quaisquer que sejam virtudes inerentes a práticas claras, consistentes, prospectivas e abertas, podem ser encontradas não só na lei, mas em todas as outras práticas sociais com essas características, incluindo o costume e a moral positiva. E essas virtudes são pequenas: há pouco a ser dito em favor de um sistema claro, consistente, prospectivo, público e imparcial de segregação racial, por exemplo. A segunda preocupação de Fuller é que se a lei é uma questão de fato, então estamos sem uma explicação do dever de obedecer. Ele pergunta como "um dado amoral chamado lei poderia ter a qualidade peculiar de criar uma obrigação de obedecer" (Fuller, 1958). Uma possibilidade que ele negligencia é que não.

O fato de que a lei reclama obrigar é, naturalmente, uma questão diferente e é suscetível a outras explicações. Mas, mesmo que Fuller esteja certo em sua suposição sem argumentos, a "qualidade peculiar" cuja existência ele duvida é uma característica familiar de muitas práticas morais. Comparar promessas: se uma sociedade tem uma prática de prometer, e que alguém prometeu fazer, são questões de fato social. No entanto, a promessa cria obrigações morais de desempenho ou compensação. Um "dado amoral" pode de fato representar, junto com outras premissas, um argumento sólido para conclusões morais.

Enquanto os pontos de vista de Finnis e Fuller são, portanto, compatíveis com a tese positivista, o mesmo não se pode dizer das obras importantes de Ronald Dworkin.

Fechemos o texto indicando o cerne da obra desse que pode ser considerado o crítico contemporâneo mais significativo do positivismo rejeita a teoria em todos os níveis imagináveis.

Dworkin nega que possa haver qualquer teoria geral da existência e do conteúdo da lei; Ele nega que as teorias locais de sistemas jurídicos particulares possam identificar a lei sem recorrer aos seus méritos e rejeita todo o foco institucional do positivismo. Uma teoria do direito é para Dworkin uma teoria de como os casos devem ser decididos e começa, não com um relato de organização política, mas com um ideal abstrato que regula as condições sob as quais os governos podem usar a força coercitiva sobre seus súditos.

A força só deve ser aplicada, segundo ele, de acordo com os princípios estabelecidos antecipadamente. Uma sociedade tem um sistema jurídico apenas quando, e na medida em que, honra este ideal, e sua lei é o conjunto de todas as considerações que os tribunais de tal sociedade seriam moralmente justificados em aplicar, quer essas considerações sejam ou não determinadas por qualquer fonte. Para identificar a lei de uma determinada sociedade devemos nos engajar em argumentos morais e políticos, pois a lei é qualquer exigência que seja consistente com uma interpretação de suas práticas legais (sujeita a uma condição limítrofe de ajuste) que os mostre melhor justificados à luz do seu ideal animador.

3. CONCLUSÃO

Retomando o enquadramento histórico da matéria, teóricos do direito que apresentam ou entendem suas teorias como "positivistas", ou como exemplos de "positivismo jurídico", levam as suas teorias a serem opostas, ou pelo menos claramente distintas, da teoria da lei natural. Os teóricos da lei natural, por outro lado, não conceberam suas teorias em oposição ao positivismo jurídico, ou mesmo como distinto dele necessariamente. O termo "lei positiva" foi primeiramente colocado em grande circulação filosófica por Tomás de Aquino, e as teorias do direito natural de sua espécie compartilham, ou pelo menos não fazem nenhum esforço para negar, muitas ou virtualmente todas as teses "positivistas" - exceto a tese nua de que as teorias da lei natural estão equivocadas.

A teoria do direito natural aceita que a lei pode ser considerada e falada tanto como um simples fato social de poder e prática, como um conjunto de razões para a ação que pode ser e muitas vezes são sólidas como razões e, portanto, normativas para pessoas razoáveis por elas abordadas. Esse duplo caráter do direito positivo é pressuposto pelo conhecido bordão "As leis injustas não são leis".

Adequadamente entendido, esse bordão indica o porquê - a não ser que se baseie em alguma negação cética de que existem razões sãs para a ação (uma negação que pode ser a oposição positivista às teorias da lei natural é inútil, isso é redundante): o que os positivistas caracteristicamente veem como realidades a serem afirmadas já são delineadas pela teoria da lei natural e o que caracteristicamente veem como ilusões a serem dissipadas não fazem parte da teoria da lei natural.

Quando as contas de julgamento e raciocínio jurídico propostas pelas teorias jurídicas contemporâneas são adicionadas àquelas teorias do (do conceito de) direito, torna-se claro que, ao nível de proposições (como distinto de nomes, palavras e formulações) essas teorias compartilham (embora nem sempre sem autocontradição) as principais teses sobre a lei propostas por teóricos clássicos da lei natural como Tomás de Aquino:

- (i) Essa lei estabelece razões para a ação;
- (ii) Que suas regras podem e presumivelmente criam obrigações morais que não existiam antes do estabelecimento das regras;
- (iii) Que esse tipo de obrigação jurídico-moral é derrotado por uma imoralidade séria (injustiça); e
- (iv) que as obrigações judiciais e outras paradigmaticamente legais nos termos do que foi deliberado, resultado de raciocínio e julgamento inclui, simultaneamente, tanto direito natural (moral) como direito (puramente) positivo.

As teorias "positivistas" contemporâneas são, ao que parece, as teorias da lei natural, distinguidas do corpo principal da teoria do direito natural (a) por sua negação de que a teoria da lei (como distinta da teoria ou teorias da adjudicação e (b) pela incompletude de suas teorias de direito, ou seja, a ausência delas (e geralmente, embora nem sempre, das suas contas dessas leis assuntos relacionados) de atenção crítica

sistemática aos fundamentos da moral e outras afirmações normativas que eles fazem ou pressupõem.

O fulcro e a questão central das teorias legais do Direito Natural são: Como e por que a lei, e seu posicionamento na legislação, decisões judiciais e costumes, dão a seus súditos motivos sólidos para agir de acordo com ele? Como pode uma validade legal ("formal", "sistêmica") de uma regra, de um julgamento ou de uma instituição, ou sua facticidade ou eficácia como fenômeno social (por exemplo, da prática oficial) torná-la autoritária nas deliberações de seu sujeito?

O sentido e a força dessas questões, e as principais características do tipo de resposta dada pelas teorias do direito natural, pode ser dada uma indicação.

Por um lado, a teoria do direito natural sustenta que o caráter baseado na fonte da lei: sua dependência de fatos sociais, como a legislação, os costumes ou os precedentes estabelecidos judicialmente – é um elemento fundamental e primário na capacidade do direito de promover o bem comum, proteger os direitos humanos ou governar com integridade. Por outro lado, a questão se a lei é de sua própria natureza moralmente problemática tem sido desde o início objeto de consideração pelos líderes da tradição.

A primeira questão que Tomás de Aquino aborda sobre a lei humana em sua discussão sobre a lei, *Suma de Teologia*, I-II, q 95, a.1, é se a lei humana é benéfica – não podemos fazer melhor com exortações e advertências, ou com juízes nomeados simplesmente para "fazer justiça", ou com líderes sábios governando como acharem conveniente?

E os textos contemporâneos clássicos e líderes da teoria do direito natural tratam a lei como moralmente problemática, compreendendo como um instrumento normalmente indispensável de grande bem, mas que facilmente se torna um instrumento de grande mal, a menos que seus autores firmemente e vigilante o tornem bom reconhecendo e cumprindo seus deveres morais para fazê-lo, tanto no estabelecimento do conteúdo de suas regras e princípios e nos procedimentos e instituições por meio dos quais eles fazem e administram.

Todas as teorias da lei natural compreendem a lei como um remédio contra os grandes males de, por um lado, a anarquia (anarquia) e, por outro lado, a tirania. É uma

das formas características da tirania é a cooptação da lei como uma máscara para decisões fundamentalmente sem lei encobertas nas formas de lei e legalidade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do. *História do pensamento político ocidental*. Coimbra: Edições Almedina, 2011.

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

BÍBLIA DE JERUSALÉM. 8ª impressão. São Paulo: Editora Paulus, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília: Editora da UnB, 1992.

CHAUÍ, Marilena de Souza. *Introdução à história da filosofia*. São Paulo: Companhia das Letras. Volume I.

_____. *Introdução à história da filosofia*. 2. ed. Revista, revisada e ampliada. São Paulo: Companhia das Letras. Volume II.

DE AQUINO, Tomás. *Suma teológica*. Tradução de Alexandre Corrêa. Caxias do Sul: Sulina Editora, 1980.

DE ARAÚJO, Vandyck Nóbrega. *Fundamentos aristotélicos do direito natural*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris.

DE SOUZA, José Pedro Galvão. *O positivismo jurídico e o direito natural*. São Paulo: 1940.

HERRERO, Francisco Javier. *Religião e história em Kant*. São Paulo: Loyola, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã – ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástica e civil*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

LECLERCQ, Jacques. Do direito natural à sociologia. *Coleção doutrinas e problemas*. Org.: SANTA CRUZ, Benvenuto de (Fr.). São Paulo: Editora Duas Cidades. Volume IV.

STRAUSS, Leo. *Direito natural e história*. Lisboa: Edições 70, 2009.

_____. *História da filosofia política*. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2013.

REALE, Giovanni. *História da filosofia*. São Paulo: Paulus, 2014. Volumes I, II e IV.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens*. Trad. Laurent de Saes. São Paulo: Edipro, 2015.

_____. *Do contrato social*. São Paulo: Editora Vozes, 2017.

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUC-SP
TEORIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.