

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA
JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT**

RUBENS BEÇAK

SANDRA REGINA MARTINI

LEONEL SEVERO ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Filosofia do direito, Hermenêutica jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Leonel Severo Rocha; Rubens Beçak; Sandra Regina Martini – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-468-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Filosofia do direito. 3. Hermenêutica jurídica. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentação

V ENCONTRO VIRTUAL “Inovação, Direito e Sustentabilidade”, do CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

TEXTO DE APRESENTAÇÃO - GT FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentam-se os trabalhos exibidos, no dia 16 de junho de 2022, no Grupo de Trabalho (GT) de Filosofia do Direito, Hermenêutica Jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat do V Encontro Virtual "Inovação, Direito e Sustentabilidade", do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

O GT, de coordenação dos trabalhos dos Professores Doutores Leonel Severo Rocha, Rubens Beçak e Sandra Regina Martini, que envolveu quinze artigos que, entre perspectivas teóricas e práticas, nos impulsionam à imprescindibilidade da análise hermenêutica dos dilemas da atualidade. Os trabalhos apresentados abriram caminho para uma importante discussão, em que os operadores do Direito puderam interagir, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela sociedade brasileira.

O primeiro trabalho é “NOTAS SOBRE SOBERANIA E SOBREVIVÊNCIA A PARTIR DE GIORGIO AGAMBEN” desenvolvido por Lucas Bertolucci Barbosa de Lima e Vinny Pellegrino Pedro. No referido estudo, os autores analisam a forma como Giorgio Agamben determina o que é próprio da política contemporânea. A pesquisa é dividida em três tópicos, sendo eles: a relação entre poder soberano e vida nua a partir de Giorgio Agamben e suas implicações para a filosofia política ocidental; a conceituação da noção de campo como paradigma revelador de uma mudança na metafísica jurídica contemporânea; e o modo como o racismo estatal e o humanitarismo funcionam como anversos que se sustentam no jogo da biopolítica contemporânea.

“HERMES SOBERANO: CONTRIBUIÇÕES DA OBRA HOMO SACER DE AGAMBEN AO ESTADO DE “NATUREZA HERMENÊUTICO BRASILEIRO”, apresentado por Fabricio Carlos Zanin trata da contribuição da obra “Homo sacer” à hermenêutica jurídica.

O tema “O ROBÔ-JULGADOR E A HERMENÊUTICA JURÍDICA” desenvolvido por Elisa Maffassioli Hartwig tem como objetivo responder a dois problemas de pesquisa: se a tomada de decisões judiciais pelo robô-juiz é possível e se é desejável.

O artigo de autoria de Francisco Fernando Brito de Moura, Gabriel Lucas Viegas e Leandro José de Souza Martins intitulado como “UM CASO POR VEZ: UMA LEITURA DO MINIMALISMO JUDICIAL DE CASS SUNSTEIN A PARTIR DA NOÇÃO ARISTOTÉLICA DE PRUDÊNCIA”, investiga a presença de traços da noção aristotélica de prudência no minimalismo judicial de Cass Sunstein, especialmente as características do juiz minimalista descrito pelo autor estadunidense.

De autoria de Aline Seabra Toschi, apresentado pela mesma, é “A DESLEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E O PARADOXO DE ALICE”, que tem como proposta a abordagem da deslegitimação do Poder Judiciário pela degeneração do Direito que, a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, é considerada como perda da autonomia da Ciência Jurídica.

“UMA APRECIÇÃO DO DIREITO A PARTIR DE LUHMANN E HART”, apresentado por Débora Simões Pereira, cuja pesquisa discute a evolução do direito e a relação entre este e a moral a partir de um diálogo entre teóricos como Niklas Luhmann e Herbert Hart.

“A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO NATURAL DE TOMÁS DE AQUINO”, é o trabalho de Amin Abil Russ Neto e Clayton Reis. Os autores analisam a dignidade da pessoa humana sob a perspectiva de Tomás de Aquino, utilizando-se de levantamento bibliográfico, buscam responder qual é a definição de dignidade da pessoa humana segundo o direito natural tomista.

O artigo “FILOSOFIA DO DIREITO: UMA ARGUMENTAÇÃO SOBRE O JUSNATURALISMO, JUSPOSITIVISMO E PÓS-POSITIVISTAS”, desenvolvido por Severino Alexandre Biasoli, cujo estudo contextualiza uma possível ligação entre a lei e a moral pelos vieses das correntes jusnaturalistas, juspositivistas e neoconstitucionalistas.

Francisco Saldanha Lauenstein é autor do artigo “A FILOSOFIA DO DIREITO EM CIRCUNLÓQUIO”, sendo apresentado pelo mesmo, oriundo de pesquisa em filosofia do direito, dispõe que a gnosiologia mantém métodos cientificistas, que tentam emular métodos

das ciências naturais do séc. XIX, não permitindo que a hermenêutica – Heidegger e Gadamer – seja adotada e desenvolvida como método próprio e adequado, ignorando as consequências da “virada linguística”.

“A RECEPÇÃO DA CONCEPÇÃO DE ÉTICA DE NIETZSCHE POR ZYGMUNT BAUMAN” é o trabalho de Cildo Giolo Junior, Lislene Ledier Aylon e Manoel Ilson Cordeiro Rocha, em que se busca identificar a recepção do egoísmo ético nietzschiano na pós-modernidade a partir da obra de Zygmunt Bauman.

Lislene Ledier Aylon apresentou o trabalho “A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INSIDER TRADING”, elaborado juntamente com Cláudia Gil Mendonça e Manoel Ilson Cordeiro Rocha, em que o referido estudo trata do insider trading - prática repelida no mundo todo e, no Brasil, punida pelas legislações administrativa, penal e cível. Utilizando-se desta última como objeto da pesquisa, os autores descrevem os aspectos gerais do insider trading no Brasil, elencando a responsabilidade civil como combate desta prática.

Ana Débora Rocha Sales explanou em seu artigo “AS METODOLOGIAS ATIVAS NO ENSINO JURÍDICO: APLICABILIDADE NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL”, acerca da necessidade de implementação de novas técnicas de ensino que elejam o aluno como agente ativo, objetivando a implementação de metodologias ativas voltadas para a prática pedagógica trazendo a concepção sobre inteligência artificial, seu uso no direito e sua permanência na contemporaneidade.

“AXEL HONNETH E A TEORIA DO RECONHECIMENTO NO ÂMBITO JURÍDICO” é o trabalho de Daniel Stefani Ribas, oriundo de pesquisa em que o autor, utilizando-se do método de pesquisa hipotético-dedutivo, com base na legislação brasileira e na doutrina, aponta que a Constituição deve ser observada sob a ótica de Axel Honneth, tendo este como marco social para o Positivismo.

Fabrcio Germano Alves e Vitor Cunha Lopes Cardoso são autores do artigo “CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS DE DECISÃO: OS JUROS CAPITALIZADOS NAS RELAÇÕES COM O CONSUMIDOR”, em que se busca analisar a possibilidade de capitalização de juros pelas instituições financeiras, garantida pela jurisprudência e regulamentos do Conselho Monetário Nacional, face à aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos negócios com os entes financeiros.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração. Desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Prof. Dr. Rubens Beçak – USP

Prof. Dra. Sandra Regina Martini – UNIRITTER/UFRGS

**FILOSOFIA DO DIREITO: UMA ARGUMENTAÇÃO SOBRE O
JUSNATURALISMO, JUSPOSITIVISMO E PÓS-POSITIVISTAS**
**PHILOSOPHY OF LAW: AN ARGUMENTATION ON JUSNATURALISM,
JUSPOSITIVISM AND POST-POSITIVIST**

Severino Alexandre Biasoli ¹

Resumo

O objetivo do artigo é examinar quais são as justificativas do direito ser aplicado em razão de seu poder coercitivo estatal (direito positivo) ou devido a sua ligação com o divino, sociedade civil (normas consuetudinárias), razão natural etc. (direito natural). Dessa forma, contextualizar-se-á uma possível ligação entre a lei e a moral pelos vieses das correntes jusnaturalistas, juspositivistas e neoconstitucionalistas. Conclui-se que independentemente dos ramos jusfilosóficos ambos possuem raízes profundas nas formas e nos sistemas de governos adotados pelos Estados para justificar sua organização social.

Palavras-chave: Jusnaturalismo, Juspositivismo, Neoconstitucionalismo, Filosofia do direito, Direito e moral

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of the article is to examine what are the justifications for the law to be applied due to its state coercive power (positive law) or due its connection with the divine, civil society (customary norms), natural reason etc. (natural law). In this way, a possible link between law and morals will be contextualized through the biases of jusnaturalist, juspositivist and neoconstitutionalist currents. It is concluded that, regardless of the branches of the philosophy of law, both have deep roots in the forms and systems of governments adopted by States to justify their social organization.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Jusnaturalism, Juspositivism, Neoconstitutionalism, Philosophy of law, Law and morals

¹ Mestre em filosofia; Doutorando em filosofia; Mestrando em Direito; Pós-graduado em Direito Público e Tributário.

1 INTRODUÇÃO

A ciência e a expressão linguística, como é conhecida e analisada hoje, da *filosofia do direito*, nasce quando do interesse de observar o fenômeno do direito (*Quid ius*) na organização das sociedades ao longo da história. O filósofo Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) foi o primeiro que fez uso do termo que se popularizou em sua obra seminal *Princípios da Filosofia do Direito* (1820), que determinou o marco que delimita o início da ciência da filosofia do direito como objeto de investigação sistêmica, racional e independente de outras correntes filosóficas.

Na filosofia do direito abordam-se dilemas de significativa relevância na contemporaneidade. Quando nasce o direito? O direito deve ser analisado hermeneuticamente pelo *ser* ou pelo que *deve ser*? Como a realidade jurídica (eficácia) do direito deve ser protegida nos Tribunais? Qual é a natureza de uma norma jurídica? Qual a ligação entre o direito e a moral deve estar presente em um estatuto jurídico e por quê? Nessa linha de raciocínio, o objetivo da pesquisa é investigar como diferentes conceitos e definições sobre esses dilemas ajustam-se dentro das divisões de pensamentos jusfilosóficos ao abordar o direito: jusnaturalistas, juspositivistas, não-positivistas etc.

E, então, refletir-se-á como os dois grandes ramos do pensamento jusfilosófico e algumas de suas variantes observam o fenômeno da ligação entre a teoria do direito e uma teoria moral. Adota-se na pesquisa uma abordagem dedutiva, qualitativa, de natureza básica, exploratória-descritiva, com a realização de revisão bibliográfica para abordar aspectos especiais que distinguem as escolas que sustentam um direito natural (jusnaturalista) ou juspositivistas (de um direito posto ou imposto) etc.

Para alcançar o escopo da investigação dividir-se-á sistematicamente o trabalho em três seções: na primeira, tratar-se da corrente jusnaturalista (do direito natural). Este ramo do pensamento jusfilosófico é reconhecido quando credita valor ao direito (*lei*) natural que preexiste ao surgimento do Estado ou poder de coação do Estado. A lei moral (normativa) norteia um *dever ser* do direito que pode ser gerado pela benevolência, fenômenos naturais, liberdade dos homens, *razão* natural, poder divino etc. sob pena da lei (positivada) não fazer justiça ou o bem. Na segunda seção, examinar-se-á a escola do direito positivo (juspositivista) que possui um viés de analisar o direito como *ser* (vigente e concreto). Uma corrente de pensamento prevalentemente cognitivista, onde se valoriza sobretudo a ideia de descrever o fenômeno do direito e sua validade ou eficácia. O direito é posto ou imposto por uma autoridade

legítima que faz a validação dos atos e impõe sua vontade por meio do poder de coação (coercitivo). Por último, tratar-se-á dos neoconstitucionalistas que criticam as ideias juspositivista, pois dariam primazia ao *ser* do direito ao não admitirem que o direito ambicionado fenomenologicamente não pode estar restrito a uma determinada forma ou conteúdo; logo, ambiciona edificar uma ponte entre as duas vertentes do *ser* e *dever ser* do direito.

2 O JUSNATURALISMO JURÍDICO E A LIMITAÇÃO DO PODER LEGISLADOR DO ESTADO

Uma das principais e mais antigas formas de justificação do direito na sociedade defende a existência de uma lei natural (jusnaturalista). Somente por meio de uma reflexão sobre o bem em si ou racional permitirá conceituar e definir o direito; assim, o direito natural fornecendo a forma ou conteúdo de regulamentação jurídica justa e válida (ALVES, 2021). Foi na época clássica da Grécia, com Platão e Aristóteles, que se começou a ver que não deveria haver uma separação entre a lei natural do *nómos* positivo. Há época não havia uma sistematização do direito positivo e por mais bem intencionada que estivesse uma lei convencionalizada (positiva), caso ela não estivesse unida ao direito natural não estaria fazendo justiça. Desse modo: “Diz-se que Sócrates foi o primeiro a fazer com que a filosofia descesse do céu a terra, obrigando-a a fazer perguntas sobre a vida e os costumes, sobre as coisas boas e as más” (STRAUSS, 2019, p. 145).

Como explica Bobbio (2006), para Aristóteles o direito natural (*direito comum*) é como o fogo que queima de forma semelhante em toda parte e suas prescrições independem de juízos de valores dos indivíduos para qual o direito ou lei se destina. Assim, “Prescreve, pois, ações cuja bondade é objetiva (ações que são boas em si mesmas, diriam os escolásticos medievais)” (BOBBIO, 2006, p. 17). No contexto contemporâneo, pode-se agradecer aos gregos o reconhecimento das diferenças entre um direito natural e a lei positiva; e, este prevalece sobre aquele como ocorreu no *Decreto de Creonte* (OLIVEIRA, 2013). Nessa perspectiva, o povo heleno,

[...] preserva essa distinção quando diferenciam a virtude genuína da virtude política e vulgar. As instituições que caracterizam o melhor regime em Platão são ‘conformes à natureza’ e ‘contra os hábitos e costumes’, ao passo que as instituições em vigor são, por toda parte, ‘contra a natureza’ (STRAUSS, 2019, p. 146).

Essa divisão de categorias do direito, por exemplo, de um direito comum (*ius naturale*) e um geral (*jus civile*) tomou fôlego e terreno durante o *Império Romano*. Há época, o direito natural referia-se à natureza (*physis*), que não possuía limites estatais; assim, a lei comum era posta e escrita pela razão natural (BOBBIO, 2016). Um elemento dinâmico – o *logos* – era determinante para a formação e organização social ao redor da República que estava surgindo. Barros explica que para os romanos: “[...] a lei é a razão soberana introduzida na natureza, que nos ordena o que devemos fazer e nos proíbe o contrário. Essa razão, quando ela se apoia e se realiza no pensamento do homem, é lei” (BARROS, 2007, p. 45).

Não obstante, com a evolução do pensamento cristão e do justo ser obra de Deus, representado por Santo Agostinho (354 d.C.-430 d. C.) e São Tomás de Aquino (1225-1274), a hierarquização de um direito natural divino ganhou valor supremo. Dessa forma, “Porventura a justiça é desigual e mutável? Não. Os tempos que ela preside é que não correm a par, pois são tempos” (AGOSTINHO, 2001, p. 67). Ferraz Jr. argumenta que para os medievais o direito natural: “[...] na sua função imperativa, tem seu fundamento na vontade divina, que originariamente fixou os princípios da razão humana perpetuamente” (FERRAZ JR, 2014, p. 26). Ao contrário, como leciona Bobbio: “o direito positivo ‘*illud est quod ab hominibus institutum*’: isto é, a sua característica é a de ser posto pelos homens, *em contraste com o direito natural que não é posto por esses, mas por algo (ou alguém) que está além desses*” (2006, p. 19, grifo nosso).

Strauss explica que o pensamento sobre o direito natural clássico possui sua base em Sócrates. “Ele se recusou a olhar as coisas humanas à luz da distinção subversiva entre natureza e lei (convenção). Em vez disso, estabeleceu a identidade entre lei e natureza e entre justiça e legalidade” (STRAUSS, 2019, p. 146). Esse pensamento do direito natural ser “revelado” é em parte responsável pelo surgimento da filosofia iluminista dos modernos, como Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (132-1704), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), entre outros, ao defenderem que “os princípios morais são de uma evidência maior do que os ensinamento da teologia natural” (STRAUSS, 2019, p. 197). Weber destaca que para um jusnaturalista hobbesiano: “[...] é a lei positiva que se conforma à lei natural e não o contrário. E é isso que ocorre no *Leviatã*” (WEBER, 2017, p. 12). Para Locke (2006, p. 100), “[...] como a lei fundamental da natureza é a preservação dos homens, não há lei humana em contrário que seja válida ou aceitável”. Nessa mesma linha, de acordo com Bobbio:

Segundo os jusnaturalistas a intervenção do Estado limitava-se a tornar estáveis tais relações jurídicas [direitos reais, de obrigações, direito de família, sucessões etc.]. Por exemplo, segundo Kant, o direito privado já existe no estado de natureza e a

constituição do Estado determina apenas o surgimento do direito público (BOBBIO, 2006, p. 29).

Para Nader (2018), o direito natural em sua essência vai permanecer igual seja na época dos clássicos, modernos ou contemporâneos. A lei natural serve de instrumento para que as normas ou ordenamentos jurídicos sejam reflexos da razão humana ou estejam em conformidade com a natureza das coisas e do bem em si. Para Gómez e Hernández que assumem uma posição moderna (*kantiana*) o *dever ser* do direito natural: “Todos os homens são racionais e a razão do homem permite que ele reconheça os direitos naturais, adequados e comuns a toda a humanidade, que estão acima das normas criadas pelos homens e precedem a lei positiva” (Gómez; Hernández, 2019, p. 158, tradução nossa). No mesmo sentido, “[...] o Direito Natural comporta o Direito Positivo, constituindo elemento basilar à sua validade, observando a essência de valores morais e existenciais, que são inerentes ao homem” (SOUTO, 2020, p. 2). Nessa linha “naturalista” do direito, o seu conceito se refere aos valores universais e inalienáveis, uma realidade cujo a lei se justifica na sociedade quando está garantindo a liberdade, igualdade, razão, paz etc.

O direito é a realidade que tem o sentido de servir ao valor jurídico, à idéia [sic] de direito. A idéia [sic] de direito não pode ser outro senão a justiça [...] visto tal qual o bom, o verdadeiro e o belo, é um absoluto, isto é, um valor não derivado de nenhum outro (RADBRUCH, 2020, p. 48).

Dessa maneira, cabe destacar a grande evolução e mudança que sofreu em suas bases de pensamento depois do apogeu da era das codificações napoleônicas, com a *Revolução Industrial* etc. Bobbio (2016) ensina que o pensamento jusnaturalista tomou fôlego nas organizações político-jurídicas depois das grandes guerras do século XX “[...] para examinar criticamente o atual feliz reaparecimento do jusnaturalismo, em uso pelos juristas na teoria da natureza das coisas como fonte do direito (BOBBIO, 2016, p. 195). Como Alves explica: “renascimento decorrente das violações à dignidade humana na segunda guerra mundial pelos regimes totalitários, que não foram evitadas pelo direito positivo, e assim o direito natural retornaria para que essas violações não ocorressem novamente (ALVES, 2021, p. 6). Nessa perspectiva histórica, marca uma resposta ao crescimento do positivismo jurídico, que deu demais ênfase e defendia a observação dos fenômenos sociais dentro da seara do *ser* do direito; opondo-se ao racionalismo e ao idealismo jusnaturalista do *dever ser* da lei em consonância com um direito natural.

Os jusnaturalistas defendem que a justiça na sociedade organizada não é aquela produzida pela experiência empírica ou sensível dos homens quando se organizaram em comunidade; logo, seus ordenamentos jurídicos devem visar o alcance da moral e justiça que preexiste a formação do Estado. Para os jusnaturalistas os indivíduos possuem direitos naturais indivisíveis, inalienáveis e imprescritíveis que apresentam valores em *si*; portanto, que devem ser protegidos pela lei jurídica estatal. Nessa linha de raciocínio, as leis naturais possuem caráter universal, com eficácia formal e valores éticos intrínsecos como: liberdade, igualdade, respeito à dignidade da pessoa humana, (alguns fraternidade), entre outros.

Sendo assim, a concepção prevalente da escola jusnaturalista é que o direito não deve ter uma visão reducionista ou limitada a lei positivada, aos códigos e jurisprudência impostas entre os indivíduos, simplesmente decorrente da legitimação de um soberano, mas que o direito deve respaldar valores morais e éticos do ser humano e sociedade. “Essa crítica abre caminho para uma interpretação do jusnaturalismo, entendido não como uma moral, mas como uma teoria moral caracterizada pela assunção da objetividade dos valores (BOBBIO, 2016, p. 195). Não obstante, ainda dentro da escola jusnaturalista apresentam-se duas teses distintas para sua defesa ao reconhecer: a) a conexão necessária entre o direito e a moral (é o direito moralmente justo, quando o direito não for *intoleravelmente* injusto); b) a tese do objetivismo ético (quando um caso judicial terá somente uma solução e todas as decisões jurídicas devem levar a um único significado). Nesse sentido, analisando-se o primeiro argumento exposto sobre a conexão necessária entre o direito e a moral, recordar-se-á que existem duas variantes: uma conhecida como forte (o direito injusto não é direito) e uma fraca (o direito *intoleravelmente* injusto não é direito).

Para os jusnaturalistas *clássicos* a questão definidora é que a lei injusta não pode nunca ser considerada um direito e a conexão identificadora (o direito aplicável não pode nunca ser individualizado sem ter por base o direito ou justiça natural). Por outro lado, ainda existe a conexão normativa: a conexão justificativa (o direito injusto não deve nunca ser obedecido); e, então, a conexão interpretativa (a única norma aplicável a um caso deve ser aquela mais justa).

Nesse sentido, o jusnaturalismo clássico dirá que a justiça depende da natureza das coisas em si ou do divino. Em outros casos, os juízos ou afirmações serão descritos, de sorte a acompanhar a disposição empírica do que é verdade ou falsidade, intrinsecamente ao seu objeto. Já para os jusnaturalistas modernos, a justiça depende da razão humana, e não mais da natureza das coisas. Trata-se da ideia da razão (natural) humana, que se entende estar presente e ser comum a todos os homens.

Nesse âmbito, ainda existe uma variante do jusnaturalismo formalista interpretativo, que trata que todo caso judicial terá uma só solução possível e justa. Nesse caso, pode-se distinguir três teorias da interpretação: o formalismo interpretativo, a teoria mista (que admite que existam casos fáceis e casos difíceis; nos primeiros a disposição é expressa por uma só norma, nos segundos por mais de uma solução) e o ceticismo interpretativo (todos os casos podem ser considerados difíceis, todas as disposições podem sempre exprimir mais do que uma norma). Em suma, para Bobbio: “O direito natural é um direito desarmado. Ninguém nega que ele exprima uma exigência, uma proposta de direito futuro, mas até que não encontre a força para fazer-se valer, não é direito (BOBBIO, 2016, p. 199).

Segundo Nader (2018), a ideia dos adeptos do direito natural é de que, paralelamente ao direito positivo, existe uma ordem do direito natural pré-concebida. No caso, existem leis naturais que ao homem cabe respeitar, caso contrário, não existe justiça no direito ou lei jurídica. De acordo com Nader (2018, p. 168): “Na filosofia, o primeiro pensador que expôs uma Doutrina sobre o direito natural foi o grego Heráclito de Éfeso aproximadamente (535-470 a. C.) que professou m jusnaturalismo cosmológico de fundo panteísta”. Embora, existam jusnaturalistas objetivistas e objetivistas não jusnaturalistas. Assim, são objetivistas, por exemplo, os utilitaristas, por outro lado, também poderiam ser conhecidos como juspositivistas porque aceitam expressamente a tese da separabilidade entre o direito e a moral.

Na perspectiva brasileira de Nader (2018, p. 179): “A visão utilitarista do direito pode ser expressa por Friedrich Engels quando sintetizou a ideia afirmando que não existem direitos naturais inalienáveis, mas tudo é fruto de uma conveniência espaço-tempo da sociedade”. Assim, um outro sujeito também pode ser classificado como jusnaturalista quando sustenta a tese da conexão necessária entre o direito e a moral, mas não obrigatória; assim, mesmo podendo-se considerá-lo como positivista em uma de suas variantes. Em suma, para Bobbio: “Se a característica de um regime tirânico é o arbítrio, aquele regido pelo direito natural é o mais tirânico, por esse grande livro da natureza não fornece critérios gerais de avaliação, e cada um lê a seu modo” (BOBBIO, 2016, p. 204).

A seguir, tenta-se ver como o juspositivismo responde às teses jusnaturalistas e suas variantes. De toda sorte, em todos os modos propostos para a busca da verdade, há reinterpretção como uma tese relativa, não aquela definidora do direito, mas aquela identificadora do direito, ou seja, a individualização do direito aplicável por parte dos juízes e do sistema judiciário.

3 O RELEVANTE PAPEL DO LEGISLADOR NO POSITIVISMO JURÍDICO

Na seção anterior abordou-se o jusnaturalismo, mas um positivista vai dizer “Ora, o que falta à lei natural é exatamente o que constitui o elemento característico do direito, ou seja, a efetividade” (BOBBIO, 2016, p. 199). Nesse sentido, então, “O positivismo jurídico é caracterizado pelo fato de definir constantemente o direito em função da coação, no sentido que vê nesta última um elemento essencial e típico do direito” (BOBBIO, 2006, p. 147). E Kant responderia: “Como a cabeça de madeira da fábula de Fedro, uma doutrina do direito meramente empírica é uma cabeça possivelmente bela, mas infelizmente falta-lhe cérebro (KANT, 2008, p. 76). A propósito:

Os deveres segundo a legislação jurídica só podem ser deveres externos, pois essa legislação não exige que a ideia desse dever, que é anterior, seja por si mesma fundamento de determinação do arbítrio do agente e, visto que ela sempre necessita de um móbil conveniente à lei, só pode ligar esta última a móveis externos (KANT, 2013, p. 25).

A dualidade entre os dois ramos acirrou-se sobremaneira no continente europeu positivista e – como regra –, está explícito não haver necessidade de qualquer ligação entre o direito positivo e uma concepção moral de justiça. Ao direito positivo caberia ser neutro. Desse modo, “Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria de direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito (BOBBIO, 2006, p. 26). Segundo Gómez e Hernandez (2019, p. 166, tradução nossa): “A lei positiva criada pelo homem será justa se, e somente se, cumprir os mandatos e preceitos do direito natural na criação da norma jurídica”. Assim, está posta a disputa que a sociedade tanto adora proporcionar ao colocar frente a frente opostos para se digladiarem e ao fim tentar encontrar um vencedor (a verdade humana).

[...] um estado civil de direito (político) é a relação dos homens entre si, enquanto estão comunitariamente sob leis de direito públicas (que são no seu todo leis de coação). [...] Um estado civil ético é aquele em que os homens estão unidos sob leis não coativas, ou seja, sob simples leis de virtude (KANT, 1992, p. 101).

Bobbio (2016) explica que será uma posição ingênua defender a aplicação de um direito ou uma lei natural (jusnaturalismo) e valores para suprir eventuais lacunas presentes nos ordenamentos de direito positivo que essencialmente possui uma visão formalista (jurídica). Assim, “O formalismo jurídico, em quase todas as acepções antes examinadas, é comumente considerado um dos motivos de acusação e de condenação do positivismo jurídico” (BOBBIO,

2016, p. 127). Com relação à premissa básica para justificação do direito natural (*ius naturale*) o filósofo italiano afirma ser uma confusão entre o direito que advém da geração espontânea da natureza ou leis físico-químicas daquele escrito.

Por direito os juristas entendem um complexo de regras da conduta humana que têm por característica serem feitas valer, no caso da violação, com a força. Portanto, obrigação jurídica significa dever de agir em conformidade com uma norma que prevê uma consequência desagradável em caso de violação (BOBBIO, 2016, p. 198).

Por exemplo, nenhuma lide entre Estados soberanos ou controvérsias dentro dos próprios ordenamentos jurídicos nacionais aceitam a hipótese que para solução de suas lides prevaleça um direito natural, pelo contrário, uma vez chamado o natural, o resultado poderá ser catastrófico entre os Estados modernos. De acordo com o filósofo germânico Hans Kelsen (1881-1973):

Na medida em que a ciência jurídica quer apreender como Direito o material que se lhe oferece com as características do Direito Internacional, precisamente da mesma maneira como o faz para aquela material que se apresenta como Direito estadual, quer dizer, na medida que o que pretende abranger sob a categoria de norma jurídica válida, ela impõe-se – precisamente como a ciência da natureza – a tarefa de descrever o seu objeto como uma unidade (KELSEN, 2009, p. 665).

Kelsen apresenta uma concepção dentro da corrente positivista que poderia resumir as inúmeras diferenças de pensamentos entre a escola jusnaturalista daquela que se examina (positivista). Ele expressa em sua teoria que o direito está no seu conjunto e na sua validade instituídos pelo poder de Estado pois “[...] se concebe o Direito como organismo, não entende por tal qualquer entidade supraindividual, supra-empírica-metafísica – concepção está por trás da qual se escondem quase sempre postulados ético-políticos” (KELSEN, 2009, p. 2013).

Embora seja importante ter a concepção de que, para os positivistas, a natureza se refere ao inanimado ou animado, humano ou não, é estática, ao menos permanente, razão de sua suposta imutabilidade. A partir dessa característica examinada por Kelsen (2009), seria um contrassenso vincular algo imutável às normas e leis jurídicas (o Direito); porquanto, é impossível compatibilizar o imutável, com o direito posto por convenção pela sociedade que tem como característica natural ser mutável.

Além disso, o direito natural se identifica com a natureza, e os preceitos desse direito derivam, direta ou indiretamente da natureza, ficando explícito que a teoria do direito natural é insuficiente para explicar o conceito e a natureza da lei positiva. Segundo John Austin

(1974), também conhecido como fundador da escola filosófica da jurisprudência analítica, o direito é uma coisa, seu valor, mérito ou demérito é outra distinta.

O momento histórico que marca um crescimento exponencial do pensamento positivista analisado previamente é o século XVIII. Segundo Bobbio (1909-2004), esse momento coincidiu com aquele da formação dos Estados modernos e a monopolização das leis ficou ao seu encargo. Nessa perspectiva, segundo o autor (1995), depreende-se objetiva ou subjetivamente que se deve negar que o direito natural seja direito ou que o direito propriamente dito é espontaneamente natural como os medievos defendiam pois “[...] a sociedade medieval era constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais, cada um deles dispendo de um Ordenamento Jurídico, produzido pela própria sociedade” (BOBBIO, 1995, p. 27). De uma forma geral, os positivistas defendem que as leis são comandos dos indivíduos na sociedade, não existe ligação necessária entre direito e moral, a lei positiva deve ter ligação com sua validade. O sistema do direito é um instituto fechado e os argumentos morais não podem fazer parte da normativa jurídica, pois são carentes de uma comprovação racional, dentre outras.

Os positivistas, também conhecidos como juspositivistas, com respeito à definição do direito, tendem a sustentar que se conhecem muitas forças infinitas de conexão necessárias entre direito e moral, mas essencialmente não precisam conviver em um ordenamento jurídico. Em um sentido mais restrito, o direito positivo diz o que é válido e inválido, mas não o que é justo (KANT, 2013). E, então, em um sentido lato positivista, caso viessem a conviver em um mesmo ordenamento jurídico poderiam ser conhecidas como teses jusnaturalistas.

Portanto, os positivistas em sentido amplo (lato) sustentam a tese da fonte social, da separabilidade identificativa, que receberá três reinterpretações: inclusivo, exclusivo e normativo. O primeiro, é aquele que defende que os fatos sociais são vitais para identificação do conteúdo e na existência do direito. Isso significa que tais fatos sociais podem permitir a inclusão e coexistência da moral na lei positiva. A segunda, exclusiva, afirma que os fatos sociais não são necessariamente os únicos critérios possíveis para a identificação da existência e conteúdo do direito, a moralidade não faz parte do critério para identificar o direito. Os mais ferrenhos positivistas acreditam que o direito é direito e deve ser obedecido, sob qualquer circunstância: *dura lex sed lex*, (A lei é difícil, mas a lei, tradução literal). Não é difícil imaginar as atrocidades que os homens (espécie) podem cometer contra a humanidade sob o abrigo deste pensamento míope, apesar de não se acreditar que eles existiram ou ainda existam (BOBBIO, 2016). Por fim, a normativa, protege o “dever ser” do direito e não o seu “ser”. Seus seguidores podem ver suas ideias expressas nas obras de Hans Kelsen (1881-1973), dentro do *realismo jurídico* (BOBBIO, 2022), entre outros.

A expressão linguística – positivismo jurídico – surge no final do século XIX. Indica uma conexão entre uma teoria do juspositivismo teórico, com um método de valoração do direito (juspositivismo metodológico) e a tese normativa de que o direito positivo deve ser obedecido por si mesmo (juspositivismo ideológico) (BOBBIO, 2006). Nesse âmbito, “O direito positivo, é aquele que estabelece ações que, [...], uma vez reguladas pela lei (isto é: correto e necessário que sejam desempenhadas do modo prescrito” (BOBBIO, 2006, p. 17). Nessa perspectiva, podem ser consideradas três teses típicas que caracterizam o juspositivismo, ambas tratam sobre o dilema da conexão da lei com a moral: a) Tese da Separabilidade: a lei que atentar contra o moralmente justo continua sendo direito; b) Subjetivismo Ético: os juízos de valores são subjetivamente justos; logo, não são justos ou injustos e; c) Teoria Mista: existem casos fáceis e casos mais difíceis; nos primeiros, pode acontecer de existir uma norma, nos segundos, podem conter várias.

A tese da separabilidade entre direito e moral é típica no juspositivismo *inclusivo*, e pode ser conhecida com a seguinte expressão: o direito contingentemente pode ser identificado com base na moral. Nesta interpretação, o direito pode incorporar valores morais pertencentes a uma lei natural, da dignidade da pessoa humana, da justiça etc. No entanto, a admissão dessa inclusão do valor moral no direito é uma contingência de tempo ou espaço; mas não é necessária ou obrigatória para se ter o direito; assim, o direito pode continuar existindo mesmo se moralmente injusto. São expoentes desta corrente H. L. A. Hart, entre outros.

A segunda interpretação da tese da separabilidade entre moral e direito é denominada como *exclusiva* ou *forte*, e pode ser entendida na defesa de que o direito não é identificado por valores morais, mas no empirismo social. O grande expoente desta corrente é Joseph Raz ao lecionar que: “O direito deve ser distinguido da moral positiva etc. por certas características dos sistemas jurídicos que não estão presentes em cada uma de suas leis” (RAZ, 2012, p. 120). A propósito:

Os direitos são relações entre sujeitos de direitos (que são sempre pessoas, embora nem sempre pessoas naturais) e objetos de direitos (que podem ser pessoas, coisas ou entidades jurídicas abstratas – ações, por exemplo. Alguns direitos pressupõem relações triplas etc., mas as leis que os instituem não se distinguem substancialmente daquelas que instituem outros direitos (RAZ, 2012, p. 234).

A terceira interpretação da tese da separabilidade típica do juspositivismo normativo, ético, entende que o direito não deve ser identificado com base na moral. Trata-se de uma tese normativa e para os juspositivistas normativos, o direito e a moral podem estar conectados, de forma semelhante aos juspositivistas inclusivos. A conclusão da distinção entre

proposições empíricas das proposições analíticas ou normativas devem ser concluídas da seguinte forma: a separabilidade é interpretada pelos juspositivistas inclusivos com uma proposição empírica, pelos juspositivistas exclusivos como uma proposição analítica (necessariamente, o direito não pode ser conexo com a moral), já para os juspositivistas normativos uma norma (o direito não deve ser conexo à moral natural).

Por exemplo, o juspositivismo normativo de Kelsen (2009) é decorrente do juspositivismo moderno ideológico, não em sua versão forte, também chamada de legalismo ético, mas na sua versão fraca, denominada legalismo. O juspositivismo normativo não é uma teoria do direito, como podem ser identificados o juspositivismo inclusivo Hart (1994) ou juspositivismo exclusivo (RAZ), mas está ligado a uma filosofia do direito normativo. O direito pode e deve ser conexo à moral, mas não indefinidamente ou sem qualquer restrição à sua conexão. Os valores morais devem converter-se em princípios jurídicos e estes devem ser ponderados e públicos, mesmo que com regras abstratas, positivados por um parlamento, ou negatizados por uma corte constitucional.

Nesse sentido, essas regras abstratas devem fundamentar sua aplicação aos casos concretos, dos juízes ou sistema judiciário. Todas essas questões não são fáceis de serem respeitadas, mas são de maior complexidade, seja por princípios abstratos, ou pela forma de disposição sobre como as regras serão formuladas. Em ambos os casos, percebe-se que deverão ser toleradas diversas formas de interpretação. Será praticamente inevitável, em algum momento, haver a colisão de justificação de uma decisão do legislador com aquela do juiz.

A corrente filosófica do positivismo filosófico em sua essência expressa que o direito é aquele positivado, seja por meio de normas, leis, jurisprudência, entre outras. O direito é aquele posto ou imposto pelo Estado por meio de sua autoridade concedida pela própria sociedade ou por Deus, opondo-se à corrente jusnaturalista. A seguir se verá uma corrente conhecida por neoconstitucionalistas, que acaba por convergir muito de uma ou de outra corrente doutrinária analisada anteriormente.

Nesse sentido, basicamente se observou que o juspositivismo vai desconsiderar a existência de qualquer direito aos indivíduos se não for dado e posto por uma autoridade política superior. É esta autoridade que vai ditar para a sociedade o que é verdadeiro ou falso, justo ou injusto, tudo levando-se em consideração o sistema de regras que vai ser utilizado. Se o suposto direito requerido estiver fora desse sistema normativo, não poderá ser objeto de exigência do seu direito por parte dos indivíduos. Ocorre que no fruto do debate entre os jusnaturalistas e os juspositivistas surge uma variante filosófica que com pouca sutileza quer diferenciar-se das tradicionais correntes, sendo conhecida como neoconstitucionalista.

4 NEOCONSTITUCIONALISMO

No mundo contemporâneo acabou por surgir uma nova corrente da filosofia do direito chamada de neoconstitucionalista. O neoconstitucionalismo apresenta-se como a melhor explicação de como a filosofia se justifica na ciência do direito do Estado constitucional moderno, principalmente nos Estados constitucionais democráticos. Para Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau (2019, p. 1): “neoconstitucionalismo é uma categoria analítica que busca criar uma teoria do direito e, secundariamente, explicar as faculdades do juiz ordinário como intérprete da Constituição”. Na perspectiva brasileira: “O Direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nos últimos tempos, relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, que tem sido designado como ‘neoconstitucionalismo’ (2020, p. 1).

Nessa perspectiva, muito diferente do olhar concebido à lei natural deixada de lado até o fenômeno da formação dos Estados modernos; porquanto, somente os filósofos discutiam os fundamentos de “direitos naturais” ou “leis naturais”. Assim, a ideia prevalente passou a ser que o direito fosse objeto de estudo somente dentro de um olhar pragmático de validade e legalidade.

Não obstante, foi justamente em razão da evolução técnico-científica e as crises globais que se seguiram, constataram a importância de a lei natural vir a fazer parte integrante do estudo da filosofia do direito e dever estar presente nos ordenamentos jurídicos modernos. Porquanto, a responsabilidade do direito pelos atos e horrores vivenciados pelos seres humanos em grandes guerras recaiu como ônus praticamente exclusivo sobre os defensores do pensamento positivista.

Nesse sentido, os neoconstitucionalistas têm por bem diverso daquele direito do Estado legislativo do século XIX. O estado legislativo, em sua maioria e predominantemente, tinha em si uma constituição flexível, que poderia ser sempre modificada pelo legislador ordinário, de acordo com os interesses do seu poder, mas o estado constitucional tem uma constituição rígida, assim garantindo-se um controle de legitimidade constitucional das leis muito mais forte, formando inclusive um núcleo duro em seu texto expresso com base em princípios naturais ou políticos como defenderia Rawls (2003), como aqueles que são declarados pela declaração dos direitos do homem, os quais inspiram todas as legislações democráticas. Dessa forma, “Todos sabem que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, na atual fase de desenvolvimento do direito internacional, não é uma declaração de direitos,

mas de desejos pios” (BOBBIO, 2016, p. 199). O neoconstitucionalismo filosófico vai sustentar pelo menos três teses sobre a conexão entre direito e moral, a metaética e a interpretação do texto constitucional: a) Tese da conexão entre direito e moral: O direito é conexo à moral, em particular no estado constitucional; b) Objetivismo ético: Os juízos de valor são objetivamente justos ou injustos e; c) Formalismo interpretativo: Todo caso jurídico tem uma solução correta justa.

Sobre a primeira tese, é uma formulação de que aceita a conexão entre direito e moral, mas não necessária e nem contingente. Diante da alternativa entre a conexão necessária do jusnaturalismo, e a conexão contingente do juspositivismo, os neoconstitucionalistas tendem a escolher a primeira alternativa, recaindo assim a uma espécie de jusnaturalismo repaginado. Assim, o direito não pode e não deve ser definido por termos morais, como também por normas justas ou não intoleravelmente injustas. No entanto, a tese majoritária nesta corrente da filosofia do direito é adepta a conexão necessária, isto é, o direito não pode ser identificado com base na moral, seja de forma justificativa, porquanto o direito não pode se justificar com base moral, seja interpretativa, ele não pode ser interpretado com base na moral.

O neoconstitucionalismo lembra uma só forma em que efetivamente a Lei que viola os princípios constitucionais podem ser anuladas no Judiciário (controle difuso de constitucionalidade) ou na Corte Constitucional (controle concentrado de legalidade). Mas uma conexão limitada do Estado constitucional não é necessariamente válida sempre e irrevogavelmente como muitos podem defender; porém, vista de forma contingente, própria das conexões defendidas por juspositivistas. Os neoconstitucionalistas tentam fugir da alternativa entre necessidade jusnaturalista e contingência juspositivista, falando genericamente de uma conexão essencial ou típica do direito moderno. A única forma de sustentar que o neoconstitucionalismo não é jusnaturalista, nem juspositivista, é a fórmula que tenta abstrair a qualificação necessária ou contingente.

Quanto à tese do objetivismo ético, segunda tese, ao contrário, os neoconstitucionalistas sustentam todas as formas de objetivismo ético, com exceção daquela tradicionalmente do objetivismo jusnaturalista. Os jusnaturalistas sustentam que a única lei que é igual para todos é aquela da natureza. Segundo Hobbes (1979, p. 165): “Com exceção da lei de natureza, faz parte da essência de todas as outras leis serem dadas a conhecer a todos os que são obrigados a obedecê-las, quer oralmente, quer por escrito ou mediante qualquer outro ato do soberano”. Não obstante: “Aquilo que Hobbes diz para justificar sua posição contra o direito comum é muito importante, tanto que pode ser considerado precursor do positivismo jurídico” (BOBBIO, 2006, p. 34). Hobbes é reconhecido como um dos mais ferrenhos defensores do

poder soberano (absolutista monárquico), opõe-se a qualquer forma que possa limitar o poder estatal do rei (*common law*) e sua legitimidade natural na monopolização de impor o direito.

Os jusnaturalistas sustentam que os valores são dados na natureza ou pela razão humana (direito natural) previamente à formação do Estado; os neoconstitucionalista, ao contrário, sustentam que são construídos por meio de uma discussão racional, ou o pluralismo político, adotando um procedimento formalista que servira justamente através do direito positivo para salvaguardar o direito natural. Nessa linha de pensamento, Rousseau afirma que “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” (ROUSSEAU, 1978, p. 32).

De fato, todos podem concordar sobre valores genéricos, por exemplo, a sacralidade da vida, da dignidade humana e justiça, consenso que todos podem referir como valores objetivos. A alternativa entre o objetivismo e o subjetivismo ético, por outro lado, é que este não guarda os valores, bens ou juízo de valor, é justamente desses últimos que os neoconstitucionalistas sustentam a objetividade. Os juízos de valor são objetivamente justificados por meio da discussão e o consenso de uma razão social vigente, abstraindo-se da norma um suposto dever ao direito natural ou divino. Um dos problemas da premissa é que nem sempre o consenso público torna a lei justa: “[...] se fosse assim, a escravidão deveria ser considerada de acordo com os princípios de justiça, eis que tal instituição gozava de amplo apoio popular através da história” (FERREIRA, 2018, p. 4).

Quanto à terceira tese, sobre o formalismo interpretativo, também se distingue sensivelmente do formalismo atribuído ao seu tempo pelo jusnaturalismo, ou juspositivismo teórico. Se o direito é conexo à moral, então também a interpretação jurídica requer sempre de transformar-se em justificação moral: justificação mais do que objetiva, que corresponde a uma espécie de formalismo interpretativo. De fato, todos os neoconstitucionalistas visualizam uma conexão interpretativa entre direito e moral, e sustentam variantes da tese de Dworkin (2002) da única solução correta. Esta questão não se resolve tanto na tese cognoscitiva que seja uma solução moralmente mais justa que outra, quanto na tese normativa, que interpretação deve ser escolhida para solução. Tudo se resolve considerando um tríplice ponto de vista, teórico, metodológico e ideológico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa demonstrou que na filosofia do direito se examina desde os tempos das clássicas discussões sobre o conceito e definições sobre o *ser* e o *dever ser* do direito. Debates espelhados por uma série de correntes de pensamentos jusfilosóficos de um direito interno e externo ou intrínseco e extrínseco ao ser humano na sociedade. Nesse sentido, observou-se que são duas as grandes correntes de pensamento que congregam no sentido lato os diferentes vieses para conceituar e definir o direito (direito natural ou positivo).

Mesmo diante de divergências profundas entre as posições doutrinárias constatou-se que existem pontos convergentes entre os positivistas e não-positivistas. A sociedade e as organizações dos Estados modernos evoluíram e aumentaram a complexidade da análise dos problemas do dia a dia sobre a aplicação do direito, lei e moral. Assim, surgiram diversas perspectivas teórico-práticas, analíticas ou justificadoras de ambas as vertentes doutrinárias para manterem a defesa de seus pensamentos na contemporaneidade e a paz entre os seres humanos na Terra.

As ideias centrais dos jusnaturalistas foram vistas de uma forma objetiva e de outra subjetiva. Na primeira, os princípios como da equidade servem para orientar o poder legítimo para que forneça ou provisione o direito natural ao indivíduo ligado ao divino ou a um poder natural supremo. Na segunda, que o direito é reconhecido na sociedade que defende a liberdade e igualdade entre os homens pela razão ou leis naturais inalienáveis e universais (contratualistas, por exemplo). Em suma, o direito não-positivista (jusnaturalista) acredita em princípios ou regras que estão além dos homens, mas ligadas à natureza da coisa, pelo bem, razão (natural) ou Deus.

Nessa linha de raciocínio, pelos ideais jusnaturalistas, o direito *deve ser* e estar em consonância com a lei moral para ser justo e válido. Isto é, o direito natural está em um nível hierárquico mais elevado daquele posto ou imposto pelo Estado e seu poder de coerção. Os jusnaturalistas acreditam que existam leis naturais (*naturalis ratio*) *a priori* que independem da vontade humana que precisam ser respeitadas. A lei natural deriva da coisa, com caráter universal e entre eles quase todos creditam a imutabilidade (*semper*), sendo moralmente justo por si.

Por outro lado, as ideias da escola positivista são centradas nos fatos de que o direito é um fenômeno fruto da criação humana; assim, é formal e derivado do poder de império estatal. A lei positiva é posta pela autoridade que governa a sociedade tirando do sobrenatural ou da razão natural a justificção para aplicar o direito e dar sua validade. O direito positivo tem caráter particular, pode mudar no tempo e no espaço (mutável), porque nasce pela autoridade do legislador e poder de coação do Estado moderno que visa superar a organização social antiga

e medieval ordenando o que é justo ou útil, dando primazia para a validade ao invés da eficácia da norma.

Não obstante, a supremacia positivista mostrou-se falha no transcorrer do século XX, o que resultou nas reformulações dos pensamentos de ambas as correntes filosóficas do direito, para buscar uma maior sintonia entre a lei e a vontade geral da sociedade organizada em um Estado bem-ordenado. E, então, o neoconstitucionalista creditando à razão pública a responsabilidade de uma lei democrática adequada para se manter uma sociedade organizada com justiça, validade e eficácia. Demonstrou-se que o neoconstitucionalismo em sua essência examina o direito posto por uma autoridade política que possui representatividade e divide o seu poder de normatizar o direito entre os poderes do Estado. É aquele direito imposto pelo próprio homem em determinada sociedade mesmo que indiretamente, em seu espaço e tempo, com primazia para a figura do juiz de direito.

Nessa linha de raciocínio, jusnaturalistas, juspositivistas, neoconstitucionalistas, ou outras derivações, mostram-se vitais para utilização e amadurecimento do instituto do direito na sociedade bem-ordenada. O processo que leva ao exame de uma questão do direito *ser* examinada e decidida por meio de um caráter mais pragmático (positivo) ou universal (natural) do *dever ser*, têm espectros distintos, necessitando que sua avaliação seja considerada dentro de um contexto sociojurídico que considere o direito e a moral como elementos vivos no ser humano e na sociedade. Ao fim e ao cabo, o que ambas as correntes filosóficas adeptas do direito natural ou positivo defendem é que o direito assegure a paz entre os seres humanos. Os indivíduos como as civilizações evoluíram e aperfeiçoaram-se em vários aspectos suas teorias de organizações político-jurídicas, com mutações que permitem a ambas coexistirem no século XXI.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

ALVES, Luiz Filipe Araújo. A retórica do direito natural: uma crítica a partir de Friedrich Nietzsche. **Sequência** (Florianópolis). Estudos jurídicos e políticos. v. 42. n. 88, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/73234/47812>. Acesso em: 28 de abr. 2022.

AUSTIN, John. **Sobre la Utilidad del Estudio de la Jurisprudencia**. México: Nacional, 1974.

BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves de. Direito Natural em Cícero e em Tomás de Aquino. 2007. In: Pissarra, Maria C. (org.). **Direito e Filosofia: a noção de justiça na história da filosofia**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 43-58.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**, lições de filosofia do direito. Compilação de Nello Morra. Trad. e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodriguez. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**, lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Trad. e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodriguez. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução de Jaime A. Clasen; Revisão técnica Marcelo Granado. 1. ed. São Paulo: Editora da Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico, lições de filosofia do direito**. Compilação de Nello Morra. São Paulo: Edipro, 2022.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2004. Disponível em <https://www.fdsu.edu.br/posgraduacao/revista.php>. Acesso em: 10 jun. 2020.

FERREIRA, Emanuel de Melo. Introdução ao direito natural clássico e sua importância contemporânea para a filosofia do direito. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 20-35, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/4710/pdf>. Acesso em 1 maio de 2022.

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria**. Forma e poder de um Estado eclesiástico civil. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os pensadores).

KANT, Immanuel. **A religião nos limites da simples razão**. Lisboa: Edições 70, 1992.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes** / Immanuel Kant; tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2008.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Tradução de Clélia Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis; Bragança Paulista: Vozes; Editora Universitária São Francisco, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MUÑOZ GOMEZ, L. A.; NIÑO HERNÁNDEZ, F. P. El iusnaturalismo en el derecho colombiano. **Prolegómenos**, v. 22, n. 44, p. 155-170, 4. mar. 2020. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v22n44/0121-182X-prole-22-44-155.pdf>. Acesso em 30 abr. 2022.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Janio Davila de. O discurso de Creonte na Antígona de Sófocles. **Revista fragmentum**, v. 1., n. 38, jul./ set. 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/sever/OneDrive/Publica%C3%A7%C3%B5es/Enviar-se-a%20Revistas/iraciscosta,+8.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2022.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. A constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 2, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v9i2.6079>. Acesso em 1 de maio de 2022.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução Marlene Holzhausen; revisão técnica Sérgio da Cunha. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução de Maria Cecília Almeida e revisão de tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os pensadores).

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf. Acesso em 1 maio de 2022.

STRAUSS, Leo. **Direito natural e história**. Tradução Bruno Costa Simões. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

SOUTO, Fabiana Vergílio. Filosofia jurídica: considerações sobre a coexistência do direito natural e o direito positivo. **Revista Colloquium Socialis**, Presidente Prudente, v. 4, n. 1, p. 46-51. jan./mar. 2020. Disponível em: <https://journal.unoeste.br/index.php/cs/article/view/3225/2982>. Acesso em: 16 abr. 2022.

WEBER, Thadeu. Hobbes: um positivista ou um jusnaturalista? **Revista Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1568-1581, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/25455>. Acesso em: 15 abr. 2022.