

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

DANIELA MARQUES DE MORAES

JOANA STELZER

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

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

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

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

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

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

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

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

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

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

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

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

Relações Internacionais para os demais Continentes

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

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

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

Comunicação:

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

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

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

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

D597

Direitos humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes; Joana Stelzer – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-143-2

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

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos humanos. 3. Efetividade. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

Apresentação

É com intensa satisfação que coordenamos o Grupo de Trabalho (GT) 'Direitos Humanos e Efetividade: Fundamentação e Processos Participativos I' que, de forma virtual, mas, irmanada, reuniu os congressistas no II Encontro Virtual do Conpedi, denominado 'Direito, Pandemia e Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios?', durante os dias 02, 03, 04, 05, 07 e 08 de dezembro de 2020. Reunidos em ambiente totalmente on-line, os pesquisadores tiveram oportunidade para debater suas temáticas jurídicas com profundidade e apurado senso crítico.

O que se relata nestes Anais e que o leitor agora tem em mãos é a parte mais significativa do que passamos nos últimos meses em plena pandemia, um ambiente social que estava sob a ameaça do Novo Coronavírus, ou seja, a pesquisa individual que desenvolvemos em meio às notícias de contaminação e de socorro às vítimas. Essa superação precisava ser destacada. Como afirmou Aldous Huxley, "Existe apenas um canto do universo que você pode ter certeza de aperfeiçoar, que é você mesmo." Com efeito, em cada mesa, em cada escritório, estavam jovens e maduros pesquisadores que se debruçavam para compor seus artigos, muitas vezes compartilhando em co-autoria (e também pelas plataformas on line) as correções e as discussões teóricas sobre o que viria a ser a submissão ao Conpedi.

Nesse GT, tivemos oportunidade de presenciar os relatos de diversas unidades da Federação, estávamos no Pará, no Rio Grande do Sul, no Distrito Federal, em Minas Gerais e tantas outras localidades para escutar sobre os Direitos Humanos. Os debates quase foram unânimes quanto ao avanço do capitalismo que avassala o Estado e sua sociedade, introduzindo a lógica mercantil, em vigorosa ameaça à dignidade humana.

Essa riqueza de ideias espalhou-se em temas de Direitos Humanos atinentes aos indígenas, à discriminação contra deficientes, à ressocialização e inclusão social dos apenados, às pessoas com transtorno mental e aos direitos sociais da população transexual e intersexual no País. Quanto ao papel do Estado na promoção dos Direitos Humanos foram trazidos os casos de Edward Snowden e Giulio Regeni. As discussões foram de extrema riqueza e alcançaram aspectos polêmicos como a união entre jusnaturalismo e positivismo para a concretização dos direitos humanos, as ações coletivas em face das empresas de cigarro, o papel da mídia digital e o direito humano à alimentação adequada. A temática da educação também emergiu

na discussão dos caminhos metodológicos para a compreensão da formação da educação em direitos humanos, além das ponderações sobre a legitimidade da defensoria pública em garantir o acesso à educação e promover a educação jurídica.

Em síntese, foram todas discussões dos Direitos Humanos sob olhares inovadores e de excelência acadêmica, que já tinham sido abalizadas pela seleção do double blind peer review e que se consagraram nas apresentações.

Deseja-se proveitosa leitura desse material e fica a esperança que os Direitos Humanos possam se efetivar progressivamente, pois que é irreversível a evolução humana.

Profa. Dra. Daniela Marques De Moraes

Profa. Dra. Joana Stelzer

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos Humanos e Efetividade: Fundamentação e Processos Participativos apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direitos Humanos e Efetividade. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

JUSNATURALISMO E POSITIVISMO: A UNIÃO DE ANTIGOS VILÕES PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

JUSNATURALISM AND POSITIVISM: THE UNION OF OLD VILLAINS FOR THE REALIZATION OF HUMAN RIGHTS

**Luciana Machado Teixeira Fabel
Eduardo Calais Pereira
Alessandra Castro Diniz Portela**

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar as diversas fases do jusnaturalismo e do positivismo e a sua importância na concretização dos direitos humanos. Será utilizada, para tanto, pesquisa doutrinária, a fim de uma consolidação do raciocínio. O jusnaturalismo traz em sua vertente a condição de análise de valores subjetivos para fundamentar o direito natural. De outro lado, o positivismo induz a mera normatização dos direitos a serem observados pelos cidadãos. A junção do jusnaturalismo ao positivismo é essencial para a concretização dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Direitos humanos, Direito natural, jusnaturalismo, Positivismo

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the different stages of jusnaturalism and positivism and their importance in the realization of human rights. For this purpose, doctrinal research will be used in order to consolidate reasoning. The jusnaturalismo brings in its aspect the condition of analysis of subjective values to support the natural law. On the other hand, positivism induces the mere standardization of rights to be observed by citizens. The combination of jusnaturalism and positivism is essential for the realization of human rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Human rights, Natural law, Jusnaturalism, Positivism

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos sempre estiveram, ainda que de forma tímida, presentes na humanidade. Embora não houvesse documentos jurídicos que os regulamentassem, os indivíduos carregavam consigo valores que conduziam a sua forma de agir e pensar, resguardando os seus interesses.

Buscando explicar os valores subjetivos dos homens e a forma com que eles interferiam nas relações humanas, filósofos passaram a criar teorias que, inclusive, fundamentavam o direito natural. Essa teoria é denominada jusnaturalismo.

Durante a trajetória dos homens, o jusnaturalismo se apresentou em diferentes aspectos, alternando a sua apresentação entre conspirações divinas, científicas e racionais.

Por algum tempo, o jusnaturalismo foi substituído pelo positivismo. As normas passaram a ser editadas com a ausência de uma fundamentação, conforme interesse dos representantes dos povos. A sua obediência era incontestável.

O positivismo foi responsável, segundo alguns autores, por vários descompassos e prejuízos à humanidade, o que deu aso ao retorno do jusnaturalismo no cenário do direito, na busca pela paz social aliada ao próprio positivismo.

Assim sendo, o presente estudo se faz imperioso a fim de demonstrar a imprescindibilidade da junção do jusnaturalismo ao positivismo, resgatando a necessidade de uma análise de valores na construção das normas que dizem respeito aos seres humanos.

Tendo como objetivo a demonstração da necessidade da junção do jusnaturalismo e do positivismo na concretização dos direitos humanos, o presente estudo será realizado em quatro tópicos.

Em um primeiro momento, será feita uma análise dos aspectos conceituais do jusnaturalismo. Posteriormente, serão demonstradas as fases que perpassaram com diferentes faces do jusnaturalismo. No terceiro tópico, será demonstrado como os direitos humanos foram sendo construídos ao longo da evolução do jusnaturalismo e do positivismo. Por fim, o quarto tópico demonstra como a renovação do jusnaturalismo e sua junção ao positivismo são primordiais para a concretização dos direitos humanos.

Utilizou-se para o presente trabalho pesquisas doutrinárias a fim de que pudesse amoldar um raciocínio sólido. A metodologia utilizada foi o jurídico-teórico, através de pesquisa bibliográfica com técnica dedutiva. O marco teórico do trabalho foram as pesquisas de Arnaud e Silva (2018) e de Barroso (2001).

2. ASPECTOS CONCEITUAIS DO JUSNATURALISMO

A base das ciências, especialmente as jurídicas, pode ser encontrada nos registros de pensamentos e ideias de grandes filósofos. Na procura de razões ou explicações para os fatos da natureza, estes estudiosos criaram teorias que até hoje são objeto de discussões, visando a elucidação da própria evolução da espécie humana.

Nas palavras de Castro e Dias (2005):

O objetivo da ciência é tornar inteligível o real. Sendo o real diverso, pode ser apreendido a partir de diferentes pontos de vista, o que explica a multiplicidade das ciências, que por sua vez precisa ser elucidada, já que é um aspecto do real. Este é o papel da epistemologia, que podemos definir como a explicação dos diversos sistemas de explicação da realidade. Trata-se de um problema que sempre ocupou a filosofia e que o desenvolvimento atual das ciências humanas coloca em termos novos: a discordância entre a unidade de ciência como conceito e a variedade das pesquisas que dá origem às ciências particulares, até mesmo divergentes (CASTRO; DIAS, 2005, p. 16).

A filosofia, nas palavras de Ribeiro (2019, p. 101), “foi conhecida como uma forma de conhecimento que tentou dar uma resposta diferente a do mito para o mistério da existência humana no mundo”.

Desta maneira, é possível afirmar que a filosofia buscou desvendar mistérios da vida humana, da natureza, muitas vezes através do uso da razão. Dentro das correntes filosóficas, eventos como a origem humana, sua evolução, a forma de relacionar entre si, alimentar, dentre tantos outros fatos, ganharam contornos teóricos, os quais, grosso modo, variam do antropocentrismo, ao biocentrismo ou ecocentrismo (REIS; NAVES; RIBEIRO, 2018).

Dentro da esteira filosófica, tem-se o jusnaturalismo, filosofia antiga, a qual é objeto de longos debates até a atualidade. Derivando do naturalismo, a corrente jusnaturalista traz uma concepção ampla, com influência na ética e na política. Ximenes (2001) afirma que comumente, os autores mencionam que o jusnaturalismo se compõe em três fases: clássico, medieval e moderno.

Leite (2020) conceitua o jusnaturalismo como uma corrente jurídica, como se vê:

O Jusnaturalismo é uma corrente jurídica que defende a ideia de que o ser humano apresenta direitos naturais, invioláveis e intrínsecos, sendo eles: a vida, liberdade e

propriedade. Além disso, os pensadores jusnaturalistas afirmam a existência de uma lei natural, universal e imutável, de caráter prescritivo e sendo acessível e conhecida pela razão humana. A ideia da existência do Direito Natural contribuiu de maneira considerável para a evolução da ética da liberdade econômica [...] (LEITE, 2020, p. 1051).

A ideia de que o jusnaturalismo defende a existência do direito do homem, independentemente de sua vontade ou de prescrição em lei, é assim descrita por Barroso (2001):

O termo jusnaturalismo identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um direito natural. Sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independentem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal. Tal crença contrapõe-se a outra corrente filosófica de influência marcante, o positivismo jurídico, que será examinado mais à frente (BARROSO, 2001, p. 18).

Entretanto, é necessário concernir que jusnaturalismo e direito natural são institutos diferentes:

O direito natural tem seu histórico intimamente ligado ao do desenvolvimento da filosofia do direito, razão pela qual as suas bases teóricas são sistematicamente chamadas para explicar a compreensão do pensamento jurídico acerca do tema em análise. O jusnaturalismo busca demonstrar a existência de uma ordem jurídica imutável, superior, anterior ao próprio homem, acima de todas as prescrições criadas pela cultura humana e que dá fundamento ao direito (ARNAUD; SILVA, 2018, p. 42).

Nesta linha de raciocínio, Ximenes (2001, p. 158) afirmou que “o Jusnaturalismo é a teoria que fundamenta, explica e defende a existência do direito natural, a sua superioridade sobre o direito positivo, ao qual serve de critério inspirador e norma valorativa”.

A filosofia jusnaturalista, embora tenha sido construída ao longo da história humana, teve seu alto ponto de construção durante a Idade Média, tendo forte influência na organização da Revolução Francesa. Esta, por sua vez, é considerada o marco da positivação dos direitos fundamentais, deslançando posteriormente outros importantes movimentos, revoluções e documentos que ditam regras de respeito e obediência a liberdade, igualdade e

fraternidade. Entretanto, os dogmas divinos permaneceram durante relevante espaço de tempo entre as filosofias jusnaturalistas.

Diante dos conceitos trazidos por Barroso (2001), Leite (2020) e Arnaud e Silva (2018), compreende-se a noção ampla do jusnaturalismo, bem como sua estreita ligação com o direito natural.

Infere-se, dessa maneira, que o direito natural é a ciência intimamente ligada à razão. O jusnaturalismo, por sua vez, dá o fundamento ao direito, trazendo a ideia de uma natureza soberana, independente da razão, a qual dita as regras para os acontecimentos que a envolvem. Por isso mesmo, a evolução do direito natural e do jusnaturalismo ocorrem concomitantemente (ARNAUD; SILVA, 2018).

3. AS FASES DO JUSNATURALISMO

É verdade que as leis, sobretudo aquelas vigentes anteriormente à Idade Média, eram construídas sobre a ideia da divindade, não espelhadas na razão. Não obstante, o jusnaturalismo clássico remonta a ideia de uma natureza dona de sua própria lei.

Sobre a ideia jusnaturalista clássica, Arnaud e Silva (2018, p. 42) afirmam que “o jusnaturalismo busca demonstrar a existência de uma ordem jurídica imutável, superior, anterior ao próprio homem, acima de todas as prescrições criadas pela cultura humana e que dá fundamento ao direito”.

Percebe-se, assim, que o jusnaturalismo clássico invoca a mitologia, as crenças religiosas, a fim de fundamentar a existência dos direitos do homem.

Já o jusnaturalismo medieval se altera com a edificação do direito natural, quando se passou a buscar fundamentos mais racionais para os acontecimentos da vida, observando, contudo, o respeito aos dogmas cristãos. Assim, como explicam Arnaud e Silva (2018), o jusnaturalismo da Idade Média tinha uma raiz ainda teológica.

São Tomás de Aquino, frade italiano, foi um importante ator para o direito natural. Como católico, o filósofo foi o pai do tomismo, corrente inovadora dentro da igreja católica que estabelecia limites entre a fé e a razão, colocando aquela sempre em posição primária face à racionalidade.

Sarlet (2010) destaca a importância de São Tomás de Aquino na construção da nova fase do jusnaturalismo, influenciando nitidamente em questões políticas:

De particular relevância, foi o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que, além da já referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população (SARLET, 2010, p. 38).

Leite (2020) destaca a importância das ideias de Aquino para o constitucionalismo, dos direitos humanos e fundamentais. O tomismo conseguia separar a visão de um código da visão da natureza e, por isso, a natureza poderia estar eivada de falhas e variações.

A fase do jusnaturalismo medieval, portanto, embora contasse com a observância à razão, elevava os dogmas cristãos em detrimento da racionalidade, o que perdurou até aproximadamente o fim da idade média, esbarrando-se, inclusive, nas ideias que levaram à Revolução Francesa. Denota-se, portanto, a influência dos institutos na fase de positivação dos direitos fundamentais.

Com a decadência da Idade Média e com a ascensão de outras religiões, “a nova cultura laica deixa de lado o caráter divino para dar lugar à razão humana” (ARNAUD; SILVA, 2018, p. 45). Significa dizer, pois, que a ciência começa a despertar entre os estudiosos, brotando assim o jusnaturalismo moderno, aliado ao racionalismo (XIMENES, 2001). O momento compreende também a passagem do Estado absolutista ao Estado liberal. Barroso (2001) narra:

Surgem os mitos. A lei passa a ser vista como expressão superior da razão. A ciência do Direito - ou, também, teoria geral do Direito, dogmática jurídica - é o domínio asséptico da segurança e da justiça. O Estado é a fonte única do poder e do Direito. O sistema jurídico é completo e auto-suficiente: lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, pela analogia, pelos princípios gerais. Separado da filosofia do direito por incisão profunda, a dogmática jurídica volta seu conhecimento apenas para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade.

Não se fala, entretanto, que a racionalidade estivesse ausente no jusnaturalismo medieval. Todavia, com a pluralidade de religiões, a proximidade das nações em razão dos crescentes comércios e industrialismo, a razão humana passa a se aproximar da ciência. Neste ponto, Sarlet (2010) leciona:

A partir do século XVI, mas principalmente nos séculos XVII e XVIII, a doutrina jusnaturalista, de modo especial por meio das teorias contratualistas, chega ao seu ponto culminante de desenvolvimento. Paralelamente, ocorre um processo de laicização do direito natural, que atinge seu apogeu no iluminismo, de inspiração jusracionalista (SARLET, 2010, p. 39).

Verdade é que a evolução da filosofia jusnaturalista trouxe também os rascunhos da construção dos direitos fundamentais, sendo a Revolução Francesa o marco das lutas por eles, com a codificação de ideais de justiça e de que o homem é, naturalmente, detentor de direitos. Sobre o tema, Sarlet (2010) afirmou:

De irrefutável importância para o reconhecimento posterior dos direitos fundamentais nos processos revolucionários do século XVIII, foi a influência das doutrinas jusnaturalistas, de modo especial a partir do século XVI (SARLET, 2010, p. 38).

Não se afirma aqui que os direitos fundamentais não existiam antes dos grandes filósofos que marcaram época na era medieval e, muito menos, que não haviam direitos positivados. Entretanto, esses pensadores foram os responsáveis pela disseminação das ideias dos direitos naturais do homem perante o mundo. Assim, Sarlet (2010) se posiciona:

Ainda que consagrada a concepção de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas das ideias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada, consoante já ressaltado, de “pré-história” dos direitos fundamentais (SARLET, 2010, p. 37/38).

O excesso da busca pela razão no jusnaturalismo moderno acabou por criar o positivismo. Arnaud e Silva (2018, p. 49) argumentam que “o cientificismo e a razão levados ao extremo, tratando toda espécie de conhecimento com a menor carga de subjetivismo possível, trouxe essa nova forma de concepção do direito, fazendo surgir o positivismo”.

Importante para o presente estudo entender o jusnaturalismo e o seu valor para a formação dos direitos humanos, sua codificação, e a atual organização estatal. Ele foi fundamental também para as ciências jurídicas. Nas palavras de Leite (2020, p. 1063), é

“importante ressaltar os impactos que os pensadores cristãos provocaram no desenvolvimento de uma nova perspectiva para a ciência do direito e suas ramificações, sendo elas, principalmente: Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Penal e Direito Processual Penal”.

Assim, nos próximos capítulos serão analisados o jusnaturalismo, o positivismo e os direitos humanos a partir do século.

4. JUSNATURALISMO, POSITIVISMO E OS DIREITOS HUMANOS

Com o advento das ideias iluministas durante a fase moderna (pós-medieval) do jusnaturalismo, o positivismo (antagônico às ideias jusnaturalistas) começou a criar forma, sendo redigidos assim importantes documentos para os direitos e garantias fundamentais, tais como a Declaração de Independência dos Estados Unidos, em 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789.

É possível afirmar que os movimentos iluministas deram origem a uma ruptura entre o direito e a ética. Sobre o assunto, Silva (2014) infere que não se pode atribuir exclusivamente ao jusnaturalismo a fonte de inspiração das declarações de direitos. Assevera o autor:

Mas não é uma observação correta esta de atribuir, ao surgimento de uma nova ideia de direito, tão profundamente revolucionária, inspiração de natureza basicamente ideal, sem levar em conta as condições históricas objetivas, que, na verdade, constituem a sua fundamentação primeira. As doutrinas e concepções filosóficas têm relevância enorme no processo. Mas elas próprias são condicionadas por aquelas condições materiais. Surgem precisamente para ordená-las numa compreensão ideológica coerente, interpretando-as, para definir-lhes as leis a elas imanentes, já que, em tais momentos agudos da evolução social, se percebe a superação de situações caducas pelo despontar de algo novo (SILVA, 2014, p. 174).

Não obstante o ponto de vista do autor acerca de outras fontes de inspiração ao desenvolvimento de documentos que versam sobre os direitos fundamentais, o mesmo não se esquiva do reconhecimento da grande influência que as ideias jusnaturalistas tiveram para o despertar dos direitos humanos. E completa:

Pelo que se vê, não há propriamente uma inspiração das declarações de direitos. Houve reivindicações e lutas para conquistar os direitos nelas consubstanciados. E

quando as condições materiais da sociedade propiciaram, elas surgiram, conjugando-se, pois, condições objetivas e subjetivas para sua formação (SILVA, 2014, p. 174).

A propósito, é importante asseverar que os direitos fundamentais, assim compreendidos, possuem vasta terminologia que, conforme leciona Silva (2014) e Sarlet (2010), podem se esbarrar em expressões como direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Algumas doutrinas os diferenciam conforme a sua positivação ou seu alcance. Para o presente estudo importa conceber a ideia de que qualquer um deles visa o respeito à individualidade do homem sem, contudo, esbarrar-se em direitos de outrem (individualmente ou coletivamente falando).

De volta ao surgimento do positivismo, Barroso (2001) leciona que a evolução do jusnaturalismo trouxe à baila da humanidade a efetivação total do positivismo. Não se podia falar em direitos sem que os ligassem à ciência. Era ela quem determinava o justo, o imutável e o verdadeiro. O direito, assim, afastou-se da moral e dos valores transcendentais; ele estava baseado em juízos de fato, não de valor.

Sobre o assunto, Sarlet (2010) pontua:

Cumprido salientar, neste contexto, que Locke¹, assim como já o havia feito Hobbes, desenvolveu ainda mais a concepção contratualista de que os homens têm o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua razão e vontade, demonstrando que a relação autoridade-liberdade se funda na autovinculação dos governados, lançando, assim, as bases do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, que, por sua vez, desaguou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limites ao poder estatal (SARLET, 2010, p. 40).

Esse positivismo jurídico tinha características espelhadas no normativismo de Hans Kelsen, conforme Barroso (2001) se expressa. Assim, o autor aponta como características do momento a proximidade quase total entre direito e norma, bem como o formalismo, ou seja, a observância de um procedimento estabelecido para a sua criação.

¹ “Pode-se dizer que Locke contribuiu para grandes correntes do pensamento político, dentre elas: Constitucionalismo, jusnaturalismo, contratualismo, liberalismo político e liberalismo econômico” (LEITE, 2020, p. 1057).

O movimento da codificação iniciado no século XIX acentua ainda mais no século XX, criando aspectos de fórmula matemática (BARROSO, 2001). Não interessava ao legislador a justificação de existência de uma norma. As críticas ao sistema estabelecido não tardaram em aparecer, e Barroso (2001, p. 22) exacerbou que “a troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade”.

O crescimento do positivismo de forma acentuada deixou de lado o jusnaturalismo. A construção das normas com o positivismo acirrado passou a ser deturpada pelos representantes dos Estados. Estes, se valendo da desnecessidade de uma justificativa para a positivação da norma, deixava de lado o dever-ser para dar espaço ao querer (BARROSO, 2001). Exemplos claros são os movimentos nazistas e fascistas, os quais promoveram barbáries em nome da Lei, e que culminaram na decadência do positivismo.

Com a derrocada dos movimentos positivistas, o jusnaturalismo reaparece sob uma nova forma de modelo positivista (o pós-positivismo), assim descrito por Barroso (2001):

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais (BARROSO, 2001, p. 23).

A humanidade, com o holocausto, clamou pela reaproximação entre direito, norma e ética. Os direitos humanos iniciam uma nova fase², tendo como marco a Segunda Guerra Mundial.

As lutas pela proteção da dignidade humana, demasiadamente ultrajada com a hecatombe nazista e fascista propagada em meados do século XX, foram fundamentais para repensar o resgate da moral como aliada do direito.

A par disso, Arnaud e Silva (2018) se manifestaram:

Nesse momento, houve a retomada do jusnaturalismo, por derivar da sua essência, sem sequer a necessidade de perquirir a sua garantia dentro do ordenamento jurídico ao qual o indivíduo está inserido, porque são valores não outorgados pelo Estado, mas inerentes ao homem. O novo Estado, com a mudança de parâmetro, bem como elevando o valor dignidade, passa a existir em função da pessoa humana, não mais o

² A doutrina divide os direitos humanos por etapas ou dimensões, conforme suas reivindicações e conquistas. Para o presente trabalho, não será necessário o aprofundamento dessa questão.

contrário da forma como vinha sendo conduzido preteritamente (ARNAUD; SILVA, 2018, p. 52).

Não se olvida, pelo exposto, que toda a evolução do jusnaturalismo e do direito natural foi responsável pelo alcance (ainda incompleto) da busca pela paz e justiça social. Os direitos fundamentais, reconhecidos também em razão do movimento jusnaturalista, passaram a ter natureza constitucional (SILVA, 2014).

Mas o pós-positivismo e o novo jusnaturalismo também culminaram o movimento neoconstitucionalista, justamente buscando a aproximação entre ética e direito, com princípios implícita ou explicitamente veiculados nos documentos jurídicos. Barroso (2001) doutrina que “nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade”.

Ainda sobre o pós-positivismo, Barroso (2001) assevera:

O pós-positivismo é uma superação do legalismo, não com recurso a ideias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade. Estes valores integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico. Os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete (BARROSO, 2001, p. 33).

O que se verifica, portanto, é que o advento do pós-positivismo trouxe uma ideia mais ampla da legalidade, trazendo como fontes de direito os princípios. Estes, podem estar ou não explícitos nas constituições dos Estados. Constata-se, pois, que a antiga ideia de que as normas devem estar expressamente escritas foi superada pela possibilidade de interpretação ampla dos direitos.

Essa maneira, portanto, é um fator de relevância para a compreensão e respeito aos direitos humanos. Estes podem estar positivados em documentos nacionais ou internacionais. A criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, no pós-guerra trouxe um papel fundamental para o respeito aos direitos humanos de maneira universal, o que será visto no próximo tópico.

5. A SUPERAÇÃO DO JUSNATURALISMO NOS DIREITOS HUMANOS

Como avançado, a retomada do jusnaturalismo no século XX trouxe importantes conquistas para a observância aos direitos humanos. A humanidade, traumatizada com os acontecimentos da Segunda Guerra clamou por uma nova forma de organização de Estado, de respeito às individualidades e por um parâmetro universal de criação e interpretação das normas.

Arnaud e Silva (2018) asseguram:

O novo direito positivado é compreendido sempre através dos valores que agora fazem parte do seu contexto normativo, seja no próprio texto de lei, seja por intermédio da interpretação conforme os princípios fundadores do ordenamento jurídico, onde é exigida estrita obediência aos seus preceitos. Importante destacar que esses valores são reconhecidos por todos, são fundamentais para todo sistema jurídico (ARNAUD; SILVA, 2018, p. 53).

O homem, detentor de direitos individuais por natureza, não deve ser tratado diferentemente dos seus semelhantes. Essa concepção da dignidade da pessoa humana foi herdada, inclusive, do jusnaturalismo teológico o qual pregava que, sendo todos filhos de Deus, e sendo nós feitos à sua imagem e semelhança, devemos ser tratados com igualdade em relação aos nossos pares.

A nova fase do jusnaturalismo clama o questionamento das normas, fundando-se alternativamente no direito natural e na ciência, objetivando a limitação da arbitrariedade na legislação e em sua aplicação (ARNAUD; SILVA, 2018).

Os questionamentos às normas deverão ser feitos de maneira a serem recepcionados pela doutrina jusnaturalista, bem como sejam socialmente aceitos, “no exercício constante de acertamento da dimensão interpretativa dada aos princípios consagrados em cada ordenamento jurídico” (ARNAUD; SILVA, 2018, p. 54).

A exemplo do mencionado, é possível afirmar que os textos legislativos de um Estado devem estar em acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, já que tal princípio tem uma aceitação universal, com um leque expressivo de demandas sociais que dele necessitam. A norma dentro desse “padrão” sequer será questionada. Por óbvio, o princípio poderá ser relativizado conforme as particularidades da cultura de onde esteja sendo positivado.

A busca pela valorização dos direitos humanos em nível internacional consubstancia-se pelo fato de ser o homem um fim em si mesmo. Se ele nasceu, é detentor dos direitos inerentes ao indivíduo, como determina o direito natural. E esse direito estará assegurado em normas e princípios, implícita ou explicitamente. Em uma nova roupagem, o

jusnaturalismo e positivismo se reencontram, mas não como inimigos, mas em um trabalho conjunto na procura pelo equilíbrio universal da proteção destas garantias fundamentais.

No entendimento de Arnaud e Silva (2018):

É como se o positivismo ganhasse um predicado que o qualifica. Continua existindo a necessidade de produção de lei em sentido formal para a construção do Direito, todavia, conforme a ordem superior de regras que preexistem ao próprio homem e por isso não podem ser derogadas pela sua simples vontade. O racional/científico se uniu ao ético/moral em favor da ideia de justiça (ARNAUD; SILVA, 2018, p. 54).

Na mesma linha de raciocínio, Barroso (2001) asseverou:

O pós-positivismo identifica um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro (BARROSO, 2001, p. 37).

O que se pode afirmar, partindo-se do entendimento de Barroso (2001) e Arnaud e Silva (2018) é que a reestruturação do jusnaturalismo e do positivismo tem a finalidade precípua de adequação do atendimento aos direitos do indivíduo, contrariando (com crédito) a ideia antiga de preocupação com interesses dos representantes do Estado em detrimento dos interesses individuais do cidadão.

O jusnaturalismo, portanto, contribuiu de maneira especial para um novo olhar sensível e conceitual do direito. Ximenes (2001) reforça:

Este contemporâneo conceito de Direito implica em resgatar o seu conteúdo, em separá-lo da lei. Trata-se de uma abordagem de cunho axiológico, que enfatiza o direito como algo dinâmico e legítimo justamente pelo seu elemento primordial: a justiça (XIMENES, 2001, p. 164).

A justiça, aqui é a tradução dos valores, da moral e da ética. E o jusnaturalismo, atuando nestes direitos, se presta a justificar e legitimar a positivação destes direitos, resguardando, também, a segurança jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi possível verificar, através do presente estudo, a imprescindibilidade da retomada da filosofia jusnaturalista para o resgate de valores subjetivos na elaboração das normas estatais.

O jusnaturalismo, que outrora era utilizado na fundamentação do direito natural com base em crenças religiosas, passou a ser primordial para a concretização dos direitos humanos, na medida em que parte do pressuposto de que o homem, apenas por existir, é sujeito de direitos e é o fim em si mesmo.

A filosofia jusnaturalista foi criticada durante certo tempo em razão da sua ligação estreita com a divindade, resvalando da racionalidade e da ciência. Esse posicionamento foi o motivo que fez com que o positivismo assumisse posição na estruturação do direito natural. Entretanto, a sua visão estritamente legal, sem que houvesse a necessidade de fundamentação na criação das normas, deu aso aos prejuízos à humanidade.

Com a Segunda Guerra Mundial, os direitos individuais, já existentes desde os primórdios da humanidade, e que já vinham sendo questionados com a aproximação das coletivas em razão do crescente industrialismo e comércio, passaram a ser conclamados com maior vigor.

A ONU foi criada com o objetivo de universalizar o direito natural, colocando como basilar de toda constituição o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual se ramifica nos mais diversos seguimentos do direito. Ela também é responsável por buscar uma uniformização dos direitos individuais, respeitando as particularidades locais.

De outro lado, o direito natural, fundando-se no jusnaturalismo e buscando na moral e na ética os valores a serem empregados em suas normas, positiva os ditames com a finalidade precípua de serem cumpridos. Ainda que alguns princípios dos direitos humanos não tenham sido positivados, eles serão observados na feitura dos documentos legais. Caso contrário, poderá haver o questionamento de sua validade.

Conclui-se, portanto, que a nova roupagem adotada pelo jusnaturalismo a partir da segunda metade do século XX foi primordial para o estabelecimento de regras para a concretização dos direitos humanos, estabelecendo limites às legislações e buscando uma nova forma de interpretação do ordenamento. A aliança do jusnaturalismo ao positivismo tem trazido, dessa maneira, a segurança jurídica necessária para que esses direitos fundamentais atinjam a sua finalidade.

Por óbvio, a construção de uma sociedade justa e fraterna estará sempre imperfeita e em constante evolução. Todavia, por todo o histórico da vida humana em sociedade, nunca se chegou a um patamar de luta e respeito aos direitos humanos como os que são vistos atualmente.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, Núbia Athenas Santos. SILVA, Paulo Henrique Tavares da. Os caminhos do jusnaturalismo no século XXI. Porto Alegre: **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, v. 4, n. 2, p. 40-58, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/4803>. Acesso em: 17 jun. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria, crítica e pós-positivismo. **Revista Direito Administrativo**, v. 225, p. 5-37, jul./set. 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47562/44776>. Acesso em: 17 jun. 2020.

CASTRO, Ana Maria de. DIAS, Edmundo Fernandes. **Introdução ao Pensamento Sociológico**. São Paulo: Centauro, 2005, 18. ed.

LEITE, Leonardo Delatorre. O jusnaturalismo teológico e suas contribuições para o pensamento econômico de livre mercado. Curitiba: **BrazilianJournalsof Business**, v. 2, n. 2, p. 1043-1077, abr./jun. 2020. Disponível em: <http://www.brazilianjournals.com/index.php/BJB/article/view/10345>. Acesso em: 17 jun. 2020.

REIS, Émilien Vilas Boas. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro. Um posicionamento jurídico-filosófico contra a metafísica dos “ismos”: uma análise sobre os animais. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 15, n. 31, p. 67-94, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1265>. Acesso em: 17 jun. 2020.

RIBEIRO, Elton Vitoriano. Filosofia, tecnociência e ética. In: MURAD, Afonso. REIS, Émilien Vilas Boas. ROCHA, Marcelo Antônio (organizadores). **Tecnociência e ecologia: múltiplos olhares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 101-111.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, 10. ed.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014, 37. ed.

XIMENES, Julia Maurmann. Reflexões sobre o jusnaturalismo e o direito contemporâneo. **Cadernos de Direito**, 2001, v. 1, n. 1, p. 157-165. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/885>. Acesso em: 17 jun. 2020.