XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

FILOSOFIA DO DIREITO

ALEXANDRE BERNARDINO COSTA

ROSÂNGELA LUNARDELLI CAVALLAZZI

LEONARDO RABELO DE MATOS SILVA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488

Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alexandre Bernardino Costa; Leonardo Rabelo de Matos Silva; Rosângela Lunardelli Cavallazzi - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-454-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Pensamento jurídico. 3. Justiça Social.

XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

FILOSOFIA DO DIREITO

Apresentação

O XXVI Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, sob o tema "DIREITO E DESIGUALDADES: O PAPEL DO DIREITO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS" realizado em Brasília-DF entre os dias 19 e 21 de julho promoveu o intercâmbio entre instituições e pesquisadores, a apresentação de pesquisas realizadas, em andamento, de inovações na área do conhecimento e em construção interdisciplinar.

Nessa publicação veiculam-se valorosas contribuições teóricas das mais relevantes inserções na realidade brasileira, e no campo teórico, com a reflexão trazida pelos pesquisadores, mestres, doutores e estudantes de todo Brasil, na abordagem da Filosofia do Direito.

Assim, a divulgação da produção científica socializa o conhecimento, com critérios rígidos de divulgação, oferecendo à comunidade acadêmica nacional e internacional o papel irradiador do pensamento jurídico aferido nos vários centros de excelência científica que contribuíram na presente publicação, demonstrando o avanço nos critérios qualitativos do evento.

Os artigos apresentados demonstraram um excelente nível acadêmico, como se demostra a seguir: o trabalho "A BUSCA PELA SEGURANÇA JURÍDICA: DO JUIZ BOCA DA LEI AO JUIZ CRIATIVO" de Pablo Lemos Carlos Sant' Anna, delineia a compreensão dos marcos teóricos da filosofia do direito e de suas respectivas influências nas decisões judiciais, bem como a tentativa de elucidar o atual momento da teoria da decisão no Novo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015. Em "A IGUALDADE DE OPORTUNIDADES À PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE", de Larissa de Oliveira Elsner analisa como o princípio da fraternidade, em sua concepção política e com aplicação prática jurídica, pode contribuir na forma de atuação de cada cidadão enquanto agente ativo de mudança na busca de maior igualdade de oportunidades à pessoa com deficiência, como uma proposta de ação a reduzir os índices de desigualdades sociais referente a esses brasileiros. O texto "A PRAGMÁTICA CONTEXTUAL DE DOIS FILÓSOFOS ATUAIS E A DESCONSTRUÇÃO DO DISCURSO RACIONAL", de Marta Beatriz Tanaka Ferdinandi trata da questão da pragmática, da metodologia contextual utilizada e descrita por Bruno Latour e Marc Maesschalck, onde enquanto um visa o afastamento da questão científica para explicar os fatos, o outro enxerga uma necessidade de

agrupamento das teorias. Sandra Pio Viana e Mariana Tamara de Lima Oliveira apresentaram "A PRIVACIDADE, O PÚBLICO E O PRIVADO EM HANNAH ARENDT" defendendo que o direito à privacidade protege a intimidade, a vida privada, o domicílio, a correspondência, as comunicações e os dados pessoais de uma pessoa. Na atualidade da sociedade de informação intensifica-se o interesse tanto dos governos quanto da iniciativa privada na perspectiva de Hannah Arendt, demonstrando a originalidade da noção de espaço público e privado. "A SUPERAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO KANTIANA DO DIREITO À DIGNIDADE NO PENSAMENTO CRÍTICO CONTEMPORÂNEO: PARA UMA COMPREENSÃO INTERCULTURAL DA IDEIA DE DIGNIDADE" de Diva Júlia Sousa Da Cunha Safe Coelho e Saulo De Oliveira Pinto Coelho, analisa criticamente a ideia de dignidade, partido da filosofia kantiana e passando por seu contraponto e complemento na filosofia hegeliana, para identificar, como problemática básica, suas insuficiências no formalismo criticista. O artigo "CONSIDERAÇÕES ANTROPOLÓGICAS SOBRE A TRIBUTAÇÃO: DO (NÃO) TRIBUTO NAS SOCIEDADES PRIMITIVAS À DEMOCRACIA GREGA, O REGRAMENTO NO DIREITO ROMANO E OS ESTADOS CONTEMPORÂNEOS DE DIREITO", de Rafaela Barbosa de Brito e Juliana Cidrão Castelo Sales trata do surgimento do ente estatal nos moldes atualmente conhecidos, nas sociedades tidas como primitivas, utilizando-se do método dedutivo, buscando realizar uma abordagem crítica da evolução da ideia de tributação. José Marcos Miné Vanzella e Zeima da Costa Satim Mori apresentaram "DEMOCRACIA, DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO HUMANO, INSTITUIÇÕES E GLOBALIZAÇÃO NO PENSAMENTO DE AMARTYA SEN", em uma proposta de metodologia hermenêutica filosófica, abordando a questão de como democracia pode contribuir para um desenvolvimento econômico mais humano em resposta a globalização a partir do pensamento de Amartya Sen. Em "DIREITO À INFORMAÇÃO E EXCLUSIVIDADE DO INTERESSE PRIVADO: UM DIÁLOGO ENTRE STEFANO RODOTÀ E HANNAH ARENDT", Daniel Machado Gomes e Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da Rocha anotam o direito à informação comportando os dados que interessam para a construção da esfera social, salvaguardando-se a intimidade dos indivíduos. Indicam Rodotà em uma ligação entre a vida privada e o direito à informação, na medida em que entende a privacidade como o direito de autodeterminação informativa confrontando o direito à informação e os interesses privados do cidadão. Unindo o pensamento de Hannah com Rodotà, toma o princípio da exclusividade do interesse privado como critério para definir o conteúdo do direito à informação. Luciano Gomes Dos Santos apresentou o tema "DIREITO, JUSTIÇA SOCIAL E RECONHECIMENTO INTERSUBJETIVO: CONTRIBUIÇÕES ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUPERAÇÃO DAS PATOLOGIAS SOCIAIS", analisando as relações entre direito, justiça social e reconhecimento intersubjetivo, investigando as contribuições às políticas públicas e superação das patologias sociais. O direito é apresentado como reconhecimento e libertação.

A justiça social é o reconhecimento da dignidade humana e sua participação nos bens da sociedade. “DITADURAS CONSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE DA DEMOCRACIA OCIDENTAL MODERNA, À LUZ DA TEORIA DO ESTADO DE EXCEÇÃO DE GIORGIO AGAMBEN” de Anna Laura Maneschy Fadel e Thiago Augusto Galeão De Azevedo apresentam o estudo entre o conceito de Estado de Exceção, relativo ao filósofo Giorgio Agamben, e a Democracia Ocidental. Em um segundo momento, analisou-se a figura do Homo Sacer, correlacionando-a, posteriormente, com o conceito de Estado de Exceção. O trabalho “INFLUÊNCIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NA POLÍTICA E NO DIREITO: ANÁLISES FILOSÓFICO-JURÍDICAS” de Juan Esteban Sanchez CIfuentes e Catalina Maria Gutierrez Gongora, mestrandos colombianos em intercâmbio na Brasil, refletem sobre a influência dos meios de comunicação na política e no direito, sob um viés filosófico-jurídico. Sob o entendimento de que a liberdade é condicionada, de uma forma muito considerável, pelos diferentes meios de comunicação, tanto os de massa como a Internet, podem-se gerar cenários que não têm sido muito estudados até o momento. “O PAPEL DO ESTADO NO CONCEITO DE THOMAS HOBBES, O CONCEITO DE JUSTIÇA PARA ARISTÓTELES E O LIBERALISMO HODIERNO” de Rodrigo Marcos Bedran propõe a abordar o papel do estado defendido por Thomas Hobbes e fazer um paralelo com o modelo Liberal, além de abordar o conceito de justiça social na ótica de Aristóteles e sob o prisma do modelo Liberal brasileiro nas demissões coletivas, bem como a democracia, que está em constante transformação. “O PARADIGMA DA COMPLEXIDADE E A CIÊNCIA JURÍDICA: CONSIDERAÇÕES E POSSIBILIDADES SOBRE ASSIMILAÇÃO TEÓRICA” de Luiz Mesquita de Almeida Neto aborda a relação entre o paradigma da complexidade e a Ciência Jurídica, traçando parâmetros de possibilidades de interação e assimilação, verificando a possibilidade de compatibilidade entre o paradigma epistemológico da complexidade e a ciência jurídica. A apresentação de “PLURALIDADE ÉTICA, MORAL E JURÍDICA: UMA ABORDAGEM A PARTIR DE É. DURKHEIM” de Geraldo Ribeiro De Sá, traz a pluralidade de princípios éticos e de práticas morais e jurídicas está presente no passado e presente. Ela está na raiz da compreensão, reconhecimento e convivência pacífica ou conflituosa entre etnias, religiões, nações, línguas, costumes, Estados e povos diferentes. Resgata temas como a moralidade e a imoralidade, a ordem e a desordem, crises e sua superação, o conflito e a colaboração entre capital e trabalho, a igualdade de valores entre culturas e civilizações distintas. O trabalho “PRUDENCIA E RAZOABILIDADE NO CONHECIMENTO DOS DIREITOS NATURAIS: A PROPOSTA DE JAVIER HERVADA” de autoria de Antonio Jorge Pereira Júnior e Lucas Silva Machado, coloca uma problemática focada na compreensão do fenômeno jurídico, especificamente no que diz respeito aos direitos naturais. No esteio de Javier Hervada propõe que a ordem jurídica é composta por duas partes: uma natural e outra positiva. A percepção de cada uma dessas ordens se dá de forma distinta, precisamente por

conta de suas peculiaridades. Carlos Augusto Lima Campos apresenta “REVISITANDO O JUDICIÁRIO DE MONTESQUIEU” abordando o papel do judiciário na estrutura de separação de poderes, compreendendo o surgimento de seu protagonismo. Propõe-se uma releitura da obra “Do Espírito das Leis” de Montesquieu inserindo-a no contexto do sistema jurídico do antigo regime francês para demonstrar que a solução proposta no século XVIII correspondia ao contexto no qual o Judiciário era fonte de oposição ao poder político e legislativo. Em conclusão, tem-se que o atual protagonismo judicial não se opõe à clássica teoria da tripartição de poderes.

A Coordenação fez uma avaliação absolutamente positiva dos trabalhos, cuja relevância das atividades desenvolvidas no âmbito do GT está cristalizada no qualificado debate com abordagem interdisciplinar e sobre as múltiplas questões. As metas estabelecidas pelos pesquisadores, já consolidada nos vários Encontros e Congresso do CONPEDI, no sentido proporcionar um locus de debate acadêmico, e de ampliar a difusão do conhecimento foram , sem dúvida, alcançadas. O encontro interinstitucional transcorreu de forma ampla viabilizando também futuros diálogos. Os coordenadores agradecem a oportunidade da produtiva reunião acadêmica ressaltando a imprescindível e valiosa contribuição teórica de todos os pesquisadores participantes.

Prof. Dr. Alexandre Bernardino Costa - Universidade de Brasilia - UNB

Prof. Dr. Leonardo Rabelo, de Matos Silva - Universidade Veiga de Almeida – UVA/RJ

Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ / Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ

PRUDENCIA E RAZOABILIDADE NO CONHECIMENTO DOS DIREITOS NATURAIS: A PROPOSTA DE JAVIER HERVADA

PRUDENCE AND REASONABILITY IN KNOWLEDGE OF NATURAL RIGHTS: JAVIER HERVADA'S PROPOSAL

Antonio Jorge Pereira Júnior [1]
Lucas Silva Machado [2]

Resumo

A problemática do artigo se coloca na compreensão do fenômeno jurídico, especificamente no que diz respeito aos direitos naturais. Javier Hervada propõe que a ordem jurídica é composta por duas partes: uma natural e outra positiva. A percepção de cada uma dessas ordens se dá de forma distinta, precisamente por conta de suas peculiaridades. Por serem ambas as vertentes verdadeiramente jurídicas, é certo que se trata de um entendimento a respeito da próprio Direito. Investiga-se a proposta do autor a respeito da específica ciência do Direito Natural e o papel da racionalidade, da razoabilidade e da prudência nesse contexto.

Palavras-chave: Jusnaturalismo e juspositivismo, Compreensão jurídica, Justiça e prudência, Razoabilidade e racionalidade, Direitos naturais

Abstract/Resumen/Résumé

The problematic of the article is placed in the understanding of the juridical phenomenon, specifically with respect to the natural rights. Javier Hervada proposes that the Law is composed of two parts: one natural and one positive. The perception of each one of these orders occurs in a distinct way, precisely because of its peculiarities. Because they are both truly legal, it is certainly an understanding of the law itself. The author's proposal is investigated regarding the specific science of Natural Law and the role of rationality, reasonableness and prudence in this context.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Natural law and positive law, Law understanding, Justice and prudence, Reasonability and rationality, Natural rights

---

[1] Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo de São Francisco (USP)

[2] Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará - UFC

1. INTRODUÇÃO

Uma questão central da ciência jurídica a respeito da qual muitos juristas e filósofos do Direito se debruçaram e continuam enfrentando consiste na relação entre o ordenamento jurídico e a moral. Debate-se bastante acerca da relação de um elemento com o outro, de forma que há posições diversas, as quais defendem desde a dependência necessária até uma completa indiferença.

Fala-se, inclusive, na possibilidade de analisar o fenômeno jurídico de uma forma centrada tão somente no ordenamento e em sua sistemática específica, afastando qualquer influência denominada externa, ou seja, que não esteja contida naquele sistema normativo. De outro lado, há quem se posicione no sentido de que a lei convencionada não basta para definir o que é direito, de forma que a resposta para tal investigação deve pressupor elementos que não estão ali expressos.

Nesse contexto, criou-se, entre os pesquisadores do Direito, uma espécie de dicotomia genérica para defender suas posições: de um lado, quem entende que o fenômeno jurídico se resume àquilo que é posto, convencionado, pactuado; de outro, os que percebem a realidade jurídica para além do fruto da vontade. A primeira concepção costuma ser chamada juspositivista, ao passo que a segunda é comumente designada como jusnaturalista.

Certo é que tanto os adeptos do positivismo jurídico como os do jusnaturalismo não são unívocos em suas percepções a respeito do Direito, de forma que há, entre os próprios positivistas, posições até mesmo incompatíveis entre si. Igualmente ocorre para os defensores do Direito Natural. Não por outro motivo, sói mencionar tais correntes no plural, ou seja, a existência, em verdade, de jusnaturalismos e de juspositivismos.

Deve-se mencionar que quem pretende investigar essa temática há de atentar para o perigo evidente de toda dicotomia, qual seja o de encarar uma das doutrinas a partir da caricatura que os críticos da outra realizam. Especialmente no que diz respeito às correntes juspositivistas e jusnaturalistas, proliferou-se uma ideia de que se tratam de concepções antagônicas e excludentes entre si, de forma a se optar por uma delas em detrimento da outra.

Acredita-se que essa noção propagada ocorreu em virtude, sucessivamente, da busca por uma definição do objeto da ciência jurídica ao fim do século XIX e início do século XX, no que lhe diz respeito a revolução científica; e, por outro lado, às críticas que emergiram após a Segunda Guerra Mundial à concepção de Direito adotada para legitimar as ações daquele período. No primeiro caso, ganhou força o movimento juspositivista, especialmente com o advento das codificações, afastando o ordenamento jurídico da noção de natureza e

aproximando-o do ato de criação humana. Em relação ao segundo, ressurge a perspectiva de que a vontade do homem é insuficiente para explicar a relação entre o direito e a justiça, ou entre o ordenamento jurídico e a moral, reaparecendo a teoria que conecta a lei humana à lei natural. Por conta desse ciclo, as históricas críticas permaneceram e geraram uma espécie de dualismo antagônico, conforme comentado.

Entretanto, ao perscrutar o tema a partir do que se entende ser o núcleo de cada concepção, vê-se que essa relação de antagonismo pode não ser real, mas aparente. O jurista e filósofo do Direito Javier Hervada propõe uma perspectiva a partir da qual ambas as visões são respeitadas, de modo que a suposta ideia de oposição dá lugar a um entendimento de harmonia em seus conceitos.

O autor espanhol explora o assunto e expõe que tanto a juridicidade natural como a positiva coexistem e são partes de uma mesma ordem jurídica. Em outras palavras, tanto o Direito Natural como o Direito Positivo são vistos como imprescindíveis no que diz respeito ao sistema normativo de uma sociedade, de modo que cada um se pauta segundo princípios próprios, condizentes com suas respectivas essências, e estão contidos como que em duas partes de um mesmo fenômeno: o Direito.

A compreensão dessa teoria passa por pontos fundamentais da Filosofia do Direito e da Epistemologia Jurídica: a possibilidade de acessar o conteúdo do Direito Natural por meio da razão. Sob o aspecto filosófico, a questão se põe em meio ao contato entre a racionalidade humana e a lei natural. Ante o viés epistemológico, trata-se de verificar como o intelecto pode assimilar o que é justo sem se restringir ao direito expressamente pactuado.

Nesse sentido, a problemática do artigo se coloca em investigar em que medida é possível afirmar que se pode conhecer os direitos naturais, segundo proposto por Javier Hervada. É que os direitos positivos mostram-se mais evidentes, em virtude do seu caráter essencialmente expresso, por ser fruto de convenção. No que diz respeito às normas de direito natural, sua compreensão não ocorre da mesma forma, mas segundo suas peculiaridades.

Dessa forma, opta-se por iniciar a pesquisa por uma abordagem da doutrina do Direito Natural *lato sensu*, com o escopo de descrever a conjuntura atual desta corrente a partir de um momento denominado pós-positivista. Assim, numa época de protagonismo da figura da Constituição, com a valorização dos direitos fundamentais e de critérios hermenêuticos específicos, pode-se contextualizar o entendimento jusfilosófico contemporâneo de Javier Hervada. Não se trata de traçar um itinerário histórico a respeito do estudo do Direito Natural, o que certamente enseja pesquisa que extrapolaria os propósitos deste artigo, senão proporcionar uma visualização de como a discussão é hoje entendida.

Explicadas tais circunstâncias, a parte seguinte do trabalho trata da relevância dos conceitos de razão, razoabilidade e prudência, imprescindíveis para que se possa enfrentar o tema central do artigo. É que, conforme se disse, a relação do intelecto humano com o conteúdo do Direito Natural não ocorre como se dá em referência ao Direito Positivo, de modo que a racionalidade prática se impõe como fundamento dessa compreensão.

A partir de tais premissas, torna-se possível analisar especificamente a moção de Javier Hervada no que diz respeito ao conhecimento dos direitos naturais. Dessarte, a questão é aprofundada no sentido de esclarecer em que medida o autor propõe a existência não de uma mera doutrina ou mesmo ideologia, senão da Ciência do Direito Natural.

2. RELEITURA DA DOUTRINA DO DIREITO NATURAL

Para uma compreensão idônea do tema ora estudado, faz-se necessário, inicialmente, traçar um panorama da perspectiva jusnaturalista conforme vista atualmente, ou seja, esclarecer o alcance da hodierna concepção de Direito Natural e em que consiste o seu objeto. Isso porque esta investigação pressupõe que os direitos naturais têm um significado, o qual somente pode ser extraído a partir de uma doutrina que se propõe a estudá-lo.

Sendo assim, o conhecimento do direito natural não faz sentido para os adeptos do positivismo jurídico, "doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo", nos dizeres de Norberto Bobbio (1995, p. 119). Ora, quem não reconhece uma juridicidade para além daquela posta por um órgão legislativo limita o seu campo de análise a esse alvo, identificando o Direito tão somente com aquilo que é pactuado ao alvedrio de quem está no poder.

Precisamente esse tipo de visão é que serviu de base para justificar os abusos realizados institucionalmente pela ordem normativa na Alemanha do III Reich. Como resultado disso, houve a crise do positivismo jurídico, de modo que, inevitavelmente, ressurge nesse momento a ideia de que o Direito não se restringe àquilo que fora promulgado como lei por ato volitivo.

Em resposta a esse abalo do cientificismo positivista, resgata-se a ideia de uma lei natural que influi e orienta o que deve ser pactuado pela sociedade, na medida em que se percebe a impossibilidade de o Direito ser afastado do conceito de valor. Nesse contexto, o ordenamento jurídico passa a ser encarado não apenas como um conjunto de regras postas, mas também norteado e composto por princípios, os quais consagram, justamente, valores dados por ordem natural, não por criação humana.

Essa noção já era trabalhada em anteriores momentos históricos, de forma que, com a derrocada do positivismo jurídico em meados do século XX, ganhou força novamente a doutrina do Direito Natural, ocasionando o advento do chamado neojusnaturalismo. Em verdade, até mesmo pela polissemia dos termos "direito" e "natural", há correntes diversas que se intitulam como (neo)jusnaturalistas, o que permite Sgarbi (2007, p. 692) advertir que "é melhor falar em 'jusnaturalismos' do que em 'jusnaturalismo'".

De todo modo, inobstante as peculiaridades referentes à multiplicidade de visões, pode-se dizer que há um núcleo de identidade a permitir classificá-las como doutrinas (neo)jusnaturalistas. Esse denominador comum, para Antonio Hernández Gil (1987, p. 161), é que toda concepção do direito natural tende a subtrair do puro arbítrio individual ou convencional os critérios básicos reguladores das relações de convivência entre os homens, buscando a justiça como expressão ontológico-metafísica do ser, como expressão lógica da razão ou como expressão ética do bem.

Conforme explicitado na introdução, neste trabalho será dada atenção à moção de Javier Hervada, para quem a ciência do Direito Natural não é uma parte da Filosofia do Direito, mas parte da ciência e da arte do Direito (2008a, p. 205). Com essa ideia, Hervada pretende afastar a mentalidade bastante difundida de que a ciência do Direito cuidaria apenas do direito positivo, ao passo que a ciência do Direito Natural seria uma corrente jusfilosófica.

Isso porque, na sua visão, o Direito é, em parte, natural e, em parte, positivo. Por via de consequência, a ciência jurídica há de compreender ambas as ordens. Com isso, não quer o autor dizer que a Filosofia do Direito não deve se ocupar do Direito Natural, mas afirmar que a ciência jusnaturalista está contida, em verdade, na própria ciência do Direito.

A filosofia jurídica, segundo Hervada, é capaz de explorar a temática do direito natural – assim como de outros diversos ramos do conhecimento –, mas, tanto quanto se pode intuir, apenas em seus aspectos filosóficos. Dessarte, todas as reflexões teóricas a respeito dos seus fundamentos e das concepções de justiça empregadas exemplificam a interseção entre a Filosofia do Direito e a ciência do Direito Natural.

Por outro lado, o aspecto eminentemente prático no que concerne à definição do que é justo nas diversas situações concretas da vida social diz respeito à ciência do Direito, a qual há de se ocupar tanto da ordem posta voluntariamente como da pressuposta naturalmente. Esse ponto será aprofundado no tópico referente ao tema central do artigo, qual seja o conhecimento dos direitos naturais, segundo proposto por Javier Hervada.

Para o momento, é suficiente situar o autor espanhol no contexto desta releitura da doutrina do Direito Natural. Ademais, atenta-se para a ideia mencionada de que o Direito,

nessa perspectiva, corresponde a uma ordem que abrange tanto uma parcela positiva como uma parcela natural, de modo que não há que se cogitar relação de oposição entre ambas, senão de harmonia e de continuidade.

Desta feita, cai por terra o famigerado antagonismo amplamente propagado entre Direito Positivo e Direito Natural. É que as doutrinas jusnaturalistas não negam a existência, tampouco a importância da legislação posta. Em verdade, apenas referem que o direito convencionado não é o bastante, uma vez que a perspectiva da justiça não é satisfeita tão somente pela promulgação de um texto.

Sendo assim, fala-se em uma juridicidade natural, perceptível pela razão do ser humano, que independe da sua eleição, mas que lhe é dada e lhe orienta, inexoravelmente, ao conceito de justo. Não por outro motivo é que usualmente se vê textos legislativos que consagram direitos de ordem natural, mormente os direitos fundamentais, ligados à ideia de dignidade da pessoa humana.

Ao tratar da ideia de que perde força a suposta oposição entre Direito Positivo e Direito Natural, Tercio Sampaio Ferraz Júnior (1994, p. 171) aponta como "uma das razões do enfraquecimento operacional da dicotomia pode ser localizada na promulgação constitucional dos direitos fundamentais". Com efeito, vislumbra-se que se trata de uma dicotomia enfraquecida, mas por outro motivo que não o ora citado.

É que estudar o Direito sob o prisma de uma incompatibilidade entre o direito positivo e o direito natural consiste em ignorar a ciência jusnaturalista revigorada principalmente no século XX e até mesmo vulgarizar os respectivos conceitos científicos. Não é o fato da positivação de direitos propriamente naturais que enfraquece a ideia de oposição, mas o caráter de manifesta continuidade entre as ordens positiva e natural.

Ora, se é possível trabalhar com tais campos como componentes de uma unidade, qual seja o que se chama de ordem jurídica, tem-se, evidentemente, uma concepção que harmoniza tais ordens, em vez de contrapô-las. Como será visto, cada uma exige uma ciência própria, porquanto compreendem objetos diversos – o que permite singularizá-las –, porém como realidades correspondentes ao conhecimento do Direito.

Pode-se afirmar que tanto a ordem jurídica positiva como a ordem jurídica natural têm características próprias e são percebidas distintamente ao analisar a ciência do Direito. É que o direito positivo, enquanto fruto da vontade humana, há de ser examinado precisamente sob o prisma do texto promulgado. Por outro lado, o direito natural é investigado sob a ótica da razão prática, de modo que se vislumbra com maior nitidez novamente o caráter harmônico entre referidas ordens, uma vez que a razão e a vontade não são incompatíveis, mas passíveis

de conformidade.

Esse ponto é o cerne da doutrina (neo)jusnaturalista, termo aqui usado em sentido amplo, uma vez que propugna uma consonância entre os atos de vontade e de razão não só ao interpretar e aplicar o Direito, mas também na elaboração de textos legislativos. Tendo em vista que a vontade não deve ir de encontro à razão, também o direito posto não deve contrapor sua base natural, sob pena de incongruência.

Assim, nesta releitura da ciência do Direito Natural, reconhece-se a acentuada relevância do direito positivo, necessário para consagrar a segurança jurídica exigida pela vida em sociedade. A ordem jurídica posta facilita as interações sociais e enaltece a capacidade humana de decidir o que é melhor para si. Por outro lado, as respectivas decisões devem estar pautadas na racionalidade prática, sob pena de carência de sentido.

Nesse contexto, para além da ordem normativa que é fruto de convenção social, reconhece-se verdadeira juridicidade natural, a qual lhe fundamenta. O direito natural, percebido pelo uso da razão, orienta a serventia do direito positivo para uma perspectiva de justiça, a única capaz de satisfazer uma compreensão racional e razoável do Direito.

3. RAZÃO PRÁTICA E RAZÃO JURÍDICA: O DESENVOLVIMENTO DA PRUDÊNCIA

Contextualizada a doutrina do Direito Natural, vê-se que dois aspectos são salientados oportunamente: a racionalidade e a razoabilidade enquanto se relacionam com a ordem jurídica. Note-se que tais conceitos não precisam estar previstos em textos legislativos para que se reconheça sua repercussão no âmbito do Direito.

Em verdade, consistem em noções usualmente trabalhadas não somente no estudo teórico do Direito, mas também em seu viés prático, a exemplo das decisões judiciais. Isso porque a ordem jurídica destituída de racionalidade implicaria em instrumento estéril e disforme, além de negar a condição humana essencial. Ora, sendo racionais os seres humanos, que decidem de comum acordo estabelecer regras entre si para permitir e aperfeiçoar uma convivência civilizacional, não há como se cogitar de tal feito destituído de racionalidade.

Nessa linha de raciocínio, Javier Hervada (2008b, p. 228), ao tratar da função da razão e da vontade na constituição da norma, analisa precisamente esse ponto, aduzindo que "uma norma irracional não será produto originário da razão, mas efeito de uma razão encadeada e à disposição de um arbítrio desordenado; por isso terá um vício essencial: não será uma verdadeira norma jurídica, e sim uma arbitrariedade". O ordenamento jurídico,

portanto, tem um caráter racional que o identifica e serve de parâmetro para examinar as incongruências.

A razoabilidade também está presente no fenômeno jurídico ainda que não exista previsão a seu respeito em qualquer dispositivo legal. Na realidade brasileira, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, percebe-se haver uma identificação do princípio da razoabilidade com o princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, exemplificando o tratamento doutrinário, Gilmar Mendes afirma que "um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito)" (2009, p. 487).

No que diz respeito à jurisprudência, exemplifica-se que, no Supremo Tribunal Federal, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são tratados indistintamente, como se depreende das decisões proferidas no HC 76.060, no RE 573.675, no Inquérito 1.247, dentre outras.

Não obstante se cuide aqui apenas de um aspecto específico da razoabilidade, qual seja sua aplicação como verdadeira norma jurídica orientadora de outras normas, é certo que se trata de um conceito mais amplo, que norteia não somente casos específicos, mas todo o ordenamento e sua respectiva lógica sistêmica.

De todo modo, faz-se imprescindível mencionar esse aspecto da razoabilidade, em sentido estrito, para ilustrar em que medida tal valor, embora não previsto expressamente como regra de um ordenamento, pode ser aplicado concretamente para a resolução de questões jurídicas, como no controle de constitucionalidade, na fundamentação de sentenças que resolvem litígios ou mesmo para orientação hermenêutica.

Isso porque a razoabilidade funciona como régua de apreciação para além do direito convencionado, ou seja, resolve o caso concreto buscando fundamento na justiça, não se restringindo às regras positivadas. Essa aplicação evita o engessamento do próprio ordenamento e prepara-o para o seu correto uso, qual seja promover o justo em cada situação.

Deve-se reconhecer que tal tarefa não é das mais simples, sobretudo quando referido propósito ocorre no âmbito das decisões judiciais. É que a razoabilidade, pautada na racionalidade, requer uma característica especial por parte de quem a emprega, qual seja a virtude da prudência.

Essa espécie de requisito consiste em atributo fundamental para que o aplicador do direito possa exercer satisfatoriamente seu mister nesse ponto. A razoabilidade funciona como

baliza para a decisão do caso, de forma que exige uma qualidade pessoal de quem há de dizer, em instância definitiva, o que é razoável. Não por outro motivo, Rafael Veras Castro Melo, ao pesquisar a formação do jurista na prudência, expõe uma relação necessária entre a averiguação da ideia de verdade, a investigação sobre a justiça e a virtude da prudência (2017, p. 49).

Ora, se o Direito há de ser encarado sob a ótica da justiça, a resolução judicial de litígios, que corresponde a dizer o que é justo em uma situação concreta, pode e deve valer-se da noção de razoabilidade, prescindindo de convenção legislativa. Entretanto, essa ferramenta reclama um peculiar caráter virtuoso de quem a maneja, no sentido em que corresponde à sabedoria prática orientada para o bem comum.

A prudência enxergada como virtude remonta à concepção aristotélica, a qual ultrapassou os séculos e é ainda bem trabalhada pela ciência jurídica. Tercio Ferraz Jr. (1994, p. 58) explica que mesmo o termo *jurisprudência* está ligado ao *fronesis* que a filosofia grega entendia como a virtude relacionada ao discernimento. Nessa operação, para melhor percepção de uma dada situação com vistas a chegar a uma decisão prática melhor, a razão deveria perpassar oito estágios que são atos integrantes da prudência, segundo Tomás de Aquino, em estudo que resgata os autores clássicos que o antecederam.

A título ilustrativo, as oito partes que integram a prudência, parte delas de caráter cognitivo e outra parte de natureza deliberativa são: a memória, a inteligência, a docilidade, a sagacidade, a razão, a previdência, a circunspecção e a precaução. Ao se compreender como se atualizam tais passos, que são atos internos que integram a prudência, torna-se mais fácil entender a conexão dela com decisão justa (AQUINO, 2014, p. 25-35).

Sendo assim, à medida que a virtude da prudência faz-se necessária para a determinação do justo a partir de critérios razoáveis, com base na sabedoria prática, vê-se que a razão ocupa lugar de proeminência, quanto ao Direito, em detrimento da vontade. Sem desconsiderar que as normas positivas são imprescindíveis para um ordenamento jurídico, é certo que mesmo a convenção de tais regras deve se pautar por argumentos racionais, ratificando a ideia exposta acima.

A razão jurídica, portanto, tem um caráter eminentemente prático, de modo que o desenvolvimento da virtude da prudência no âmbito do Direito é ponto que merece ênfase principalmente no aspecto da formação do jurista. No entendimento de José Chávez-Fernández Postigo, a prudência constitui um elemento ou momento essencial do exercício do *logos* do humano, algo como sua pedra angular no que diz respeito à hermenêutica (2016, p. 84).

É de se destacar que a doutrina do Direito Natural resgata esse caráter de a natureza humana, mormente no que diz respeito à racionalidade, servir como referencial obrigatório para a confecção de textos legislativos. Sem ignorar a ampla discricionariedade do legislador positivo, a qual é necessária para atender as peculiaridades de cada sociedade, é certo que o discurso racional deve prevalecer sobre o discurso volitivo, ainda que pautado no argumento da democracia.

A alegação de que determinada hipótese é justa e exigível pelo simples motivo de estar prevista em lei vai de encontro ao propósito da própria alegação, que se reputa pautada em argumentação racional. Em outras palavras, se referida justificativa pretende ser baseada em um discurso de razão, a própria razão há de estar contida em seu conteúdo, sob pena de ocorrer uma *contradictio in terminis*.

A deliberação de propostas legislativas se dá com base na criatividade humana, porquanto racional, devendo atender precipuamente aos ditames da razão para estabelecer o que há de ser justo. Dessa forma, a discricionariedade do legislador não resta prejudicada, senão enaltecida e assegurada por uma argumentação racional. Nesse sentido, Neil MacCormick (2009, p. 348) assevera que "a razão pode não determinar, mas sem dúvida impõe limites rigorosos aos sistemas de normas que todos podemos ter em conjunto".

Ademais, deve-se esclarecer que não se afirma que todos os caracteres de uma norma positiva devem estar pautadas em uma suposta natureza. Conforme já mencionado, o órgão legislativo goza de ampla discricionariedade para decidir sobre situações às quais a razão humana é totalmente indiferente. É o caso, por exemplo, da definição de alíquotas tributárias, que dependem primariamente de necessidades locais relacionadas a organização econômica e práticas sociais.

O que se deslinda é que o direito positivo está condicionado ao caráter racional de uma juridicidade natural que lhe serve de base. Entretanto, a razão humana, em geral, não define inexoravelmente o que deve ser estabelecido em cada situação, apenas norteia um padrão a ser seguido. Há, ainda, casos em que o discurso racional é prescindível, de modo que o ato puramente volitivo pode ser legítimo, conforme acima exemplificado.

Tratando o Direito como instrumento necessário para que a razão prática se realize na realidade, Robert Alexy, ao sustentar a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica (2001, p. 321) afirma que "surgem os motivos racionais para a introdução de um procedimento institucionalizado visando a criação de normas jurídicas".

É certo que o fenômeno jurídico ocorre, portanto, precisamente em virtude de necessidades racionais, de modo que a racionalidade mesma há de ser o fundamento do

próprio viés normativo. A razoabilidade é considerada sobretudo na análise jurídica do caso concreto, de forma que se orienta, sobretudo, pela virtude da prudência. Nesse contexto, tem-se que tais aspectos são basilares para a percepção do Direito tanto em sua juridicidade natural como em sua vertente positiva.

4. A DECODIFICAÇÃO DA MATÉRIA DO DIREITO NATURAL

Estabelecido o entendimento a respeito de um panorama da doutrina jusnaturalista e do papel fundamental que a prudência, a razoabilidade e a racionalidade exercem na atividade de perceber o Direito, passa-se ao objeto central desta pesquisa, qual seja a proposta de Javier Hervada para o conhecimento dos direitos naturais.

Segundo o jusfilósofo espanhol ora estudado, "a lei natural é um preceito da razão, e no conhecimento pela razão é possível distinguir dois momentos sucessivos e conexos" (HERVADA, 2006, p. 162), referindo-se ao conhecimento comum e ao conhecimento científico para explicar que qualquer homem tem, pelo menos, um conhecimento vulgar – ou comum – dos preceitos fundamentais da lei natural.

Sobre a diferença entre o conhecimento comum e o científico, supracitados, Hugo de Brito Machado Segundo (2008, p. 13) aduz que "quando se perquire a respeito de ciência, cogita-se de uma espécie ou modalidade do conhecimento humano, que pode decorrer simplesmente do senso comum, ou pode ser científico".

Essa linha de raciocínio, bastante difundida em Epistemologia e corroborada por Hervada (2006, p. 163), distingue o conhecimento comum ou vulgar como aquele precipuamente superficial, fracionado, prático, baseado nas experiências humanas cotidianas. Por sua vez, o conhecimento científico diz respeito àquele mais aprofundado, questionador, fruto de investigação técnica.

Dessa forma, o conhecimento científico da lei natural, no que diz respeito ao Direito, é próprio do jurista, não do homem leigo. Por isso, afirmou-se alhures que o desenvolvimento da prudência é algo que deve ser bem explorado quando da formação do profissional jurídico, pois é virtude necessária para o discernimento em relação ao justo, seja natural, seja positivo.

Note-se que o conhecimento comum é capaz de acessar conteúdos da lei natural, mas apenas nos limites de sua própria definição. Uma concepção técnica a seu respeito exige uma especialização por parte do observador, que corresponde à formação como jurista. Isso porque o homem não nasce com todos os ditames da lei natural inscritos em seu pensamento, assim como ocorre com relação a qualquer ciência.

Nesse sentido, Javier Hervada (2006, p. 164) alerta para o fato de que o "conhecimento da lei natural não é inato, no sentido de que nossa razão [...] tenha nela impressa a lista dos preceitos de lei natural. São inatas a sindérese e as inclinações naturais, do que deriva o conhecimento fácil e seguro dos preceitos fundamentais da lei natural".

Sendo assim, vê-se que, embora o homem não compreenda *a priori* a totalidade dos preceitos da lei natural, é possível progredir em conhecê-los à medida que se aprofunda na matéria. É que, de forma inata, o ser humano detém um núcleo fundamental que lhe permite investigar do que se trata a lei natural e aprofundar a sua percepção.

Hervada (2006, p. 167) destaca que "todo homem nasce com a retidão de razão necessária – a sindérese – para saber infalivelmente os primeiros princípios da lei natural: faça o bem e evite o mal". Por esse motivo, o autor defende a universalidade da lei natural, sem ignorar as características individuais dos homens e as peculiaridades dos diversos ambientes sociais.

De todo modo, Hervada afirma que é possível à pessoa esquecer, ignorar ou mesmo violar a lei natural, afinal, não se trata de uma lei física, mas da realidade moral do homem (2006, 165). Ora, se o ser humano não compreende a totalidade da lei natural, é logicamente admissível que aja em desacordo com ela ou mesmo que formule ideias errôneas a seu respeito.

Dessarte, o autor espanhol aduz que ao homem, fincado no conhecimento vulgar, "pode ser difícil que conheça os preceitos que derivam desses preceitos fundamentais e erre ao raciocinar para conhecê-los, pois a razão humana não é infalível. Por isso, não é estranho ver que o próprio Aristóteles se enganou em algum preceito de lei natural" (2006, p. 164).

Nesse ponto, interessa mencionar a viabilidade da aplicação do raciocínio falibilista no âmbito do fenômeno jurídico, conforme sustentado por Hugo de Brito Machado Segundo. Trata-se de uma postura epistemológica em que o pesquisador formula sua teoria baseando-se em critérios razoáveis, mas admitindo a possibilidade de estar incompleta ou equivocada, de modo que uma crítica contundente à sua visão representa, em verdade, um avanço para a ciência.

Partindo de uma compreensão do "Direito enquanto fenômeno natural e cultural humano" (2016, p. 63), esse autor expressa que "parece claro que sim, que é possível um estudo falibilista do Direito no que tange também ao significado de normas jurídicas específicas, sejam elas referentes ao Direito Penal, Civil, Processual etc" (2016, p. 66).

Percebe-se, portanto, que, apesar de não ter afirmado nesses termos, a visão de Javier Hervada coaduna-se com a posição falibilista do conhecimento. Ademais, pressupondo-se,

conforme esteado por Hugo Segundo, que tal raciocínio é aplicável aos diversos ramos do Direito, entende-se que se impõe, por via de consequência, também ao Direito Natural.

Ora, ao se reconhecer a falibilidade da razão humana em tomar conhecimento, não se nega a ciência do Direito Natural, sob pena de serem negadas todas as demais ciências. Nessa linha de raciocínio, Hervada expõe (2006, p. 158), com particular caráter didático, que, assim como cabe aos biólogos dizer quais são as leis biológicas e aos economistas dizer quais são as leis econômicas, cabe ao jurista dizer o que é o direito, por ser essa sua ciência e sua função.

Ademais, refere que lhes cabe "dizer o que é direito natural – assim como o que é direito positivo – de duas maneiras: com autoridade jurídica pública, os juízes. Com autoridade privada, aos juristas especializados em direito natural" (2006, p. 158). Com isso não se quer dizer que os juristas sejam infalíveis em seu mister, assim como os astrônomos não o são, tampouco os físicos ou os biólogos.

Pelo contrário, a partir da descoberta de que determinada hipótese era trabalhada erroneamente em Física, tem-se um aprimoramento da ciência e uma aproximação do real, do verdadeiro, ratificando o raciocínio falibilista mencionado. Da mesma forma ocorre com o Direito, cujos cientistas investigam e formulam hipóteses falseáveis, ou seja, teorias passíveis de serem ratificadas ou refutadas. Nos dizeres de Javier Hervada (2006, p. 158), "nisso consiste o ofício e a função social dos juristas: dizer, determinar o direito, seja natural, seja positivo".

Com base nesse entendimento, Javier Hervada sustenta que a ciência do Direito contém uma parte definida que corresponde à ciência do Direito Natural, assim como existe para outros ramos jurídicos. Assim, caberia a esta o objeto de definir o que é o justo em cada caso concreto, com base nos preceitos da lei natural. Não caberia, portanto, à ciência jusnaturalista questionar-se a respeito do que é o Direito em âmbito teórico, mas em analisar, em caráter prático, o que é devido em cada situação à luz de uma juridicidade natural.

Por esse motivo é que o autor espanhol propugna que a ciência do Direito Natural faz parte da ciência jurídica, não da filosofia do Direito, uma vez que, sendo o Direito em parte natural e em parte positivo, a ciência e a arte do Direito hão de conjugar tanto os fatores naturais como os positivos (2008a, p. 205).

Algo similar é apresentado por Eros Grau quando trata do Direito Posto e do Direito Pressuposto (2008, p. 43-83). O denominado direito pressuposto repousaria na consciência coletiva e ele deve condicionar o direito posto (p. 83) sendo necessário compreender ambos.

Sem negar a possibilidade de um conhecimento filosófico da realidade jurídica, para além das modalidades já citadas de conhecimentos vulgar e técnico, Hervada coloca a

cognição dos direitos naturais como objeto de uma ciência jurídica específica, qual seja a do Direito Natural, isto é, correspondendo a um conhecimento científico, não filosófico.

Para uma elucidação dos objetos de referidas abordagens, argui que a questão fundamental da filosofia jurídica seria a que se resume ao *quid jus*, ou seja, na reflexão a respeito de o que seria o Direito (2008a, p. 205), de modo que poderia adentrar, ainda filosoficamente, à questão do *quid ius naturale*. Em outras palavras, nada obsta uma investigação filosófica a respeito do próprio Direito Natural, mas nesse caso a problemática será colocada numa ordem de discussão a respeito de o que seria o direito natural, se é possível e como conhecê-lo, ou ainda a respeito do conceito de justiça e dos fundamentos desta doutrina.

Por outro lado, alude a um outro setor do conhecimento do fenômeno jurídico, que não corresponde ao filosófico, já citado, mas ao científico, ou seja, o conhecimento do direito próprio dos juristas, não dos filósofos, de caráter eminentemente prático e que tende a estabelecer o justo nas relações concretas da vida social (2008a, p. 206).

Nessa concepção, Hervada expõe que, diferentemente dos filósofos, a questão fundamental do jurista é a do *quid iuris*, ou seja, qual é o direito ou o justo nos casos concretos. Prossegue sua proposta com a menção de que este conhecimento do jurista se move em dois níveis: o científico ou geral e o nível prudencial ou de solução imediata do caso concreto. O primeiro é trabalhado como ciência do direito, enquanto o segundo é visto como a arte do direito ou jurisprudência.

Trabalhando ambos os níveis ou abordagens do conhecimento jurídico como precipuamente práticos, por tenderem a resolver problemas concretos, Hervada aduz que ocorrem em diferentes graus de praticidade, na medida em que a jurisprudência é imediatamente prática, ao passo que a ciência do direito, em sentido estrito, possui um viés mediato, pois trabalha em um grau de abstração maior que naquela.

Exemplificando, a parte do conhecimento jurídico que se volta para o estudo e a aplicabilidade de um princípio ou um instituto seria a da ciência do direito *strictu sensu*. Por sua vez, a jurisprudência ou arte do direito seria o conhecimento aplicado imediatamente, ou seja, o uso daquele princípio ou daquele instituto em um caso concreto.

Assim, Hervada entende que a ciência e a arte do Direito contêm as ciências e as artes do Direito Positivo e do Direito Natural. Nesse sentido, menciona que o jurista há de conjugar o direito natural e o direito positivo para encontrar a solução justa – a solução jurídica – que corresponde a cada caso (2008a, p. 207).

Sob esse prisma, vê-se que a ciência do direito conforme exposta por Hervada é

trabalho próprio dos acadêmicos do Direito, que se voltam a investigar em caráter prático, mas gozando de certa possibilidade de abstração, por exemplo, o sentido dos institutos, a aplicabilidade de princípios jurídicos, além de analisar decisões judiciais e teorias jurídicas que surgem para a resolução das questões cotidianas.

Por seu turno, a arte do direito ou a jurisprudência, nos termos propostos pelo autor espanhol, corresponde ao ofício daqueles juristas que lidam com a aplicabilidade imediata dos direitos, ou seja, dos casos em que se analisa ou se busca o justo em situações específicas e individualizadas. Nessa esteira, por exemplo, estão os juízes, os advogados, os defensores públicos, os promotores de justiça, os delegados de polícia, entre outros.

Javier Hervada destaca ainda que o Direito Natural não é mais um ramo do Direito, tal qual o Direito Civil, o Direito Constitucional ou o Direito Penal. Em verdade, se assim fosse, significaria pensar que os direitos naturais deveriam ser tratados apenas naquela disciplina específica, de modo que os demais ramos cuidariam do direito posto.

Para evitar esse tipo de confusão, o autor espanhol sustenta que todos os denominados ramos do Direito devem conhecer, sintetizar e harmonizar as partes natural e positiva da ciência jurídica. Por isso, define que a ciência do direito natural é uma especialização dentro da ciência jurídica, que contribui para torná-la perfeita em seu conjunto e em seus distintos ramos (2008a, p. 208).

Sendo assim, os direitos naturais não se configuram como o objeto exclusivo de um ramo da ciência jurídica. Consistem, em verdade, em direitos distribuídos pelos diversos campos do Direito, tendo a peculiar característica de não estarem, em regra, expressos em um ordenamento.

Usa-se a expressão “em regra” pela razão de que nada obsta a positivação de direitos naturais, de modo que, nesse caso, o direito não perde o seu caráter natural tão somente por ter sido positivado. Com essa proposta, Javier Hervada, mais uma vez, propõe a harmonia e a continuidade entre as searas natural e positiva do Direito. É que o direito natural não é mera estimativa jurídica ou axiológica, tampouco direito em potencial, senão verdadeiro direito, entendido como o justo por natureza.

Assim, a promulgação de um texto que consagra determinado direito natural não tem o condão de afetar sua essência, ou seja, de transformá-lo em direito positivo. O que ocorre é que, uma vez positivado, percebe-se que aquele direito está expresso, mas não altera em nada o seu caráter de ser justo por natureza.

Nesse caso, é certo que haverá uma conexão entre os fenômenos jurídico e político, mas a característica do direito natural permanece a mesma, pois sua fonte diz respeito ao

Direito, não à ciência política. Na concepção de Alejandro Castaño Bedoya, a interseção das esferas da vida jurídica e política implica, desde a teoria do direito, entre muitos outros temas como a investigação pelo ato de criação da norma e os agentes da vontade implicados nela, questões acerca dos aspectos relacionados com o conteúdo das fontes do Direito (2014, p. 352).

Sobre esse aspecto da relação entre o Direito e a política, importa destacar a visão de Arnaldo Vasconcelos, o qual menciona que "o poder de criação normativa não é originário e nem tampouco exclusivo do Estado. O Direito antecede ao Estado, tanto que o institui. Sua criação é ato jurídico, de significado eminentemente político" (2016, p. 288).

Ora, não sendo o justo natural algo de construção voluntária do ser humano, a sua positivação tão somente significa a decisão política de explicitar aquele direito natural conforme as nuances de determinada sociedade, ou trazer seu conteúdo para uma linguagem mais acessível.

Por esse motivo, ao conhecimento dos direitos naturais corresponde uma ciência específica, conforme proposto por Hervada. Acerca desse ponto, impõe-se relevante a observação de Daniel Kahneman de que se revelou frequente na história que os cientistas de "um campo de estudo particular tendem a partilhar de pressupostos básicos sobre seu tema. Cientistas sociais não são exceção; eles se apoiam numa visão da natureza humana que oferece o background para a maioria das discussões sobre comportamentos específicos" (2012, p. 16).

Dessarte, o conhecimento dos direitos naturais é aprofundado à medida que a ciência do Direito Natural progride, visto que se trata de conhecimento científico, especificamente jurídico. Javier Hervada define que o objeto principal da ciência do direito natural é a exposição do sistema de direitos naturais ou conjunto do justo natural (2008a, p. 208) e adverte que reduzir o Direito Natural a axiologia ou estimativa jurídica equivale a negá-lo, precisamente por ignorar sua juridicidade própria e afirmar a existência tão somente do direito positivo.

A dimensão jusnaturalista, portanto, integra a ciência jurídica em seus diversos ramos, devendo ser trabalhada tanto nos aspectos da interpretação, como da percepção do Direito. Dessarte, o conhecimento dos direitos naturais progride racionalmente à medida que a ciência do Direito Natural é explorada academicamente e também quando seu conteúdo é aplicado imediatamente na jurisprudência pelos operadores do Direito.

5. CONCLUSÕES

Cada teoria aporta um modelo imperfeito e parcial para explicar a realidade. É um produto racional e cultural que sempre pode ser aprimorado, mediante o melhor uso das ferramentas mentais e a incorporação de novas percepções. A realidade, todavia, sempre será mais rica que a capacidade humana de descrevê-la. E tanto uma quanto a outra mudam, impondo revisão das doutrinas, que deverão ser adaptadas ou recusadas em face de novas descobertas. Mais importante que a fidelidade a uma teoria é o compromisso com a realidade.

Por outro lado, ao tempo em que as coisas mudam, outras tantas permanecem iguais, especialmente quando atinam com algo de essencial da condição humana. Desse modo, é possível notar a estabilidade de máximas deônticas comuns a diversos povos e épocas. Trata-se de um manancial acessível a todos, presente na linguagem comum e nas obras literárias, musicais e teatrais. No entanto, os juristas terão a responsabilidade de traduzir essas máximas em conjunto com a interpretação da lei, garantia de segurança.

O texto que ora se conclui – a pesquisa permanece em andamento – traz elementos desenvolvidos de modo sistemático por Javier Hervada que permitem associar Direito Natural e Direito Positivo, como âmbitos que traduzem duas dimensões de um mesmo fenômeno, sendo possível e necessário, portanto, a harmonização entre tais.

Ao se afirmar a mútua referência e interdependência entre o Direito Natural e o Direito Positivo, decai a visão dicotômica que julgava serem doutrinas inconciliáveis. A ideia de harmonia, por sua vez, permite atualizar a necessidade de formação dos juristas na prudência, habilidade vinculada à percepção da realidade segundo critério de razoabilidade, de modo que as decisões decorrentes sejam as mais justas. A prudência, assim, viabiliza a leitura adequada da realidade, bem como dos textos normativos. A correta percepção da realidade, enquanto exercício da prudência, necessária para o saber prático do Direito, é especialmente desenvolvida na inquirição dos direitos naturais em concreto. Assim, deixa ele de ser estudado como uma ideia teórica acerca de uma doutrina e passa a ser uma técnica necessária de formação da razão prática do jurista, que necessita aprender a interpretar fatos e normas segundo a razoabilidade ou proporcionalidade, modalidade que está além da norma posta e do conhecimento teórico dela. Toda a tarefa hermenêutica e mesmo a construção da norma posta, devem se perfazer mediante a mesma razoabilidade que permite inferir, em cada caso, o que estaria conforme ou contrário ao justo.

O estudo dos direitos naturais em cada âmbito seria componente que habilitaria para a compreensão do direito pressuposto subjacente e conducente do direito positivo da

respectiva área. Portanto, essa categoria de direito deixa de ser objeto exclusivo da Filosofia do Direito, para se constituir parte integrante em todos os campos da dogmática jurídica, tendo a peculiar característica de não precisar estar expresso em um dado ordenamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

AQUINO, Tomás de. **A prudência**: **a virtude da decisão certa**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

BEDOYA, Alejandro Castaño. La política de los derechos. Una aproximación desde el nuevo Derecho natural. **Derecho natural y iusnaturalismos: VIII Jonardas Internacionales de Derecho Natural y III de Filosofía del Derecho**. Primera edición. Lima: Palestra Editores, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GIL, Antonio Hernández. **Conceptos jurídicos fundamentales: Obras completas – Tomo I**. Madrid: Espasa-Calpe, 1987.

HERVADA, Javier. **Introducción crítica al derecho natural**. 1. ed. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008a.

_____. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008b.

_____. **O que é o direito?: a moderna resposta do realismo jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **Por que dogmática jurídica?**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MELO, Rafael Veras Castro. **A formação do jurista na prudência como desafio do ensino jurídico**. Dissertação (Mestrado). Universidade de Fortaleza - UNIFOR, Fortaleza, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

POSTIGO, Jose Chávez-Fernández. **Interpretación, prudência y equidad em Luis Recaséns**. Lima: Palestra, 2016.

SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito: primeiras lições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 7. ed. Florianópolis: Conceito, 2016.