

**VII ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

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

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

LEONEL SEVERO ROCHA

MARCELO TOFFANO

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 - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

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

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

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

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

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

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

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

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

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

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

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

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

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

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

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

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

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

D597

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

Coordenadores: José Alcebiades De Oliveira Junior; Leonel Severo Rocha; Marcelo Toffano – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-901-8

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

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Filosofia do direito. 3. Hermenêutica jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI
FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS
ALBERTO WARAT

Apresentação

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

Apresentam-se os trabalhos exibidos, no dia 25 de junho de 2024, no Grupo de Trabalho (GT) de Filosofia do Direito, Hermenêutica Jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat do VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI - A PESQUISA JURÍDICA NA PERSPECTIVA DA TRANSDISCIPLINARIDADE, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

O GT, de coordenação dos trabalhos dos Professores Doutores, Leonel Severo Rocha, José Alcebíades de Oliveira Júnior e Marcelo Toffano que envolveu vinte cinco artigos que, entre perspectivas teóricas e práticas, demonstraram a importância da visão hermenêutica nos mais variados temas da contemporaneidade. Os trabalhos apresentados abriram caminho para uma importante discussão, em que os operadores do Direito puderam interagir, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela atual sociedade brasileira.

O primeiro trabalho, é de autoria de David Goncalves Menezes e Adriana Ferreira Pereira, cuja temática é a seguinte: “A CONSTRUÇÃO HERMENÊUTICO-FILOSÓFICA DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E A ESCALADA DA DEGRADAÇÃO AMBIENTAL: UM DIÁLOGO ENTRE HEIDEGGER, GADAMER E ISAIAH BERLIN”. A pesquisa tem como objetivo investigar correspondências entre os pensamentos de Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer e a proposta de Isaiah Berlin como referenciais às construções de valores em sociedades que, simbolizam determinadas concepções, atribuindo sentidos aos seus modos de convivência, demonstrando-se, ao final, que a proposta de proteção do meio ambiente surge em decorrência de determinada situação histórica que as sociedades se encontram, não dispostas em sua plenitude às sociedades pretéritas, razão pela qual a genealogia de valores, essas construções sociolinguísticas, são situadas no tempo-espaço, não sendo diferente com o Direito Ambiental. Contudo, mesmo diante dessa valoração intrínseca da natureza, permanece o problema de sua degradação.

“A INTERAÇÃO ENTRE PATRIMÔNIO CULTURAL E A FILOSOFIA DE HEIDEGGER: UMA REFLEXÃO SOBRE IDENTIDADE, MEMÓRIA E

POSSIBILIDADES DE SER”, de autoria de Priscila Kutne Armelin e Jussara Schmitt Sandri, tem o propósito de apresentar, uma análise, da interação entre o conceito de patrimônio cultural, conforme definido no artigo 216 da Constituição Federal, e a filosofia de Martin Heidegger, especialmente sua obra "Ser e Tempo". O objetivo é investigar como o patrimônio cultural, ao abordar a identidade, a ação e a memória dos diferentes grupos sociais, estabelece uma conexão entre o passado e o futuro, atuando como um processo de ativação da memória coletiva no presente.

Fernando Rodrigues de Almeida e Helber ribeiro Araújo, apresentaram o artigo “A NATUREZA DINÂMICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: EM DEFESA DE UMA ANÁLISE GENEALÓGICA”. Este trabalho aborda um estudo acerca da complexidade dos direitos da personalidade com o objetivo de problematizar a natureza dinâmica desses direitos, focando na interação entre conceitos de direito e personalidade além das estruturas de poder e conhecimento que os influenciam. Realizou-se um estudo acerca do problema central que é a estrutura paradoxal de natureza dos direitos da personalidade e conseqüentemente uma necessidade de uma genealogia como forma de investigação desses direitos, de forma que sejam observados fora de um tempo mecânico, mas sim a partir de estruturas de poder-saber.

“A PERCEPÇÃO DE DIREITOS COMO ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR INOVADORA DO CONHECIMENTO JURÍDICO VOLTADO À DEMOCRACIA”, é de autoria de Julia Mattei e Gabriela Souza da Mota, que realizaram uma investigação sobre como a pesquisa de percepção de direitos pode contribuir para a construção do conhecimento jurídico alinhado aos ideais democráticos.

“A SENDA DO PARADOXO DAS MÃES DE HAIA E A (IM)POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE UM NOVO DIREITO INTERCULTURAL SOB O VIÉS DO DIREITO REFLEXIVO TEUBNERIANO”, cujas autores são Magda Helena Fernandes Medina Pereira e Leonel Severo Rocha, analisam os aspectos jurídicos transnacionais que envolvem a subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes com até 15 anos de idade, e, de forma específica, as singularidades sociais e jurídicas que permeiam o paradoxo de mães de Haia brasileiras (vítimas de violência doméstica no exterior e sujeitas a serem criminalizadas como “sequestradoras” dos próprios filhos), bem como, sob o viés do Direito Reflexivo de Teubner, a (im)possibilidade de constituição de um novo Direito Intercultural.

Luciana dos Santos Lima e Dennys Damião Rodrigues Albino, desenvolveram um estudo sobre “A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE DWORKIN E O SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO”. Seu objetivo, foi analisar a relação dos precedentes

com a teoria do Direito como integridade criada por Dworkin, passando por algumas considerações acerca da integridade que decorre da Constituição Federal de 1988. Pretendeu-se evidenciar a integridade existente no sistema jurídico brasileiro como consequência da ordem constitucional vigente, expor a teoria do Direito como integridade defendida por Dworkin e discutir a relação entre o sistema de precedentes brasileiro e a ideia de integridade do Direito a partir da teoria construída por Dworkin.

“A VERDADE E O RELATOR VENCEDOR: ASPECTOS DE UMA POSSÍVEL HERMENÊUTICA-RETÓRICA JURÍDICA VALORATIVA”, apresentado pelas autoras, Juan Pablo Ferreira Gomes, aborda uma investigação sobre a suposta crise experimentada na hermenêutica jurídica em face das mudanças paradigmáticas trazidas pela viragem ontológico-linguística proposta por Heidegger e Gadamer respectivamente

Leonel Severo Rocha e Bianca Neves de Oliveira apresentaram o trabalho “ACOPLAMENTO OPERACIONAL E CONFLITOS INTERSISTÊMICOS: ENTRE O TRANSDISCIPLINAR E O SISTÊMICO EM LUHMANN E TEUBNER”, que tem o intuito apresentar um estudo sobre A teoria dos sistemas, de Niklas Luhmann. Desta maneira, enfrenta-se o problema da transdisciplinaridade, por meio de conceitos como o de acoplamento estrutural, examinando os eventos sociais conforme se apresentam em um contexto específico de análise. O objetivo desta comunicação, portanto, é relacionar estas noções com a ideia de conflitos intersistêmicos de Gunther Gunther Teubner.

“ACÓRDÃOS DO STF E OS CONFLITOS SOBRE A DISPENSA OU NÃO DO ADVOGADO: CONTRIBUIÇÃO PARA PERSPECTIVAS DAS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA”, foi o trabalho demonstrado por seus autores, Luciano Mamede De Freitas Junior, Jose Claudio Pavão Santana e Alan Rodrigo Ribeiro De Castro. A pesquisa teve como objetivo, analisar compreender no âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) os conflitos sobre a dispensa ou não do advogado nos processos jurídicos e as perspectivas das instituições do sistema de justiça do Brasil.

“DOS BENS COMUNS AO ‘COMUM’: UM DIÁLOGO ENTRE UGO MATTEI E ANTONIO NEGRI” é o trabalho de Tricieli Radaelli Fernandes e Fernando Hoffmam, que desenvolveram um estudo em torno das categorias, bem comum e “comum” a partir das teorias de Ugo Mattei e Antonio Negri. A pesquisa propõe um diálogo entre os dois autores, em busca de uma categoria de bens que se coloca entre o público e o privado. A proposta é repensar a dicotomia público/privado, resultando-se de que há a necessidade de constituir um “regime comum dos bens”.

Henrique Ribeiro Cardoso , André Felipe Santos de Souza e Ellen Tayanne Santos Copeland De Sá, são os autores do trabalho, “CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E CLÁUSULAS ABERTAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO: A HERMENÊUTICA GARANTISTA COMO BALIZADORA DA DISCRICIONARIEDADE ESTATAL”, que possui o propósito de estudar o poder discricionário da administração pública, cujo campo é alargado pela profusão de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas no âmbito do direito administrativo, impondo-se assim, a necessidade de construção de uma hermenêutica de inspiração garantista que busque balizar a atuação discricionária dos agentes públicos.

Richiele Soares Abade, apresentou artigo tratando da temática “CONEXÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA: UMA ANÁLISE À LUZ DA FILOSOFIA DE RICOEUR”, onde se apresenta a contribuição de Paul Ricoeur para entender da justiça e sua relevância na concretização dos Direitos Humanos. O referido autor leciona que justiça está intrinsecamente ligada às normas morais e pode ser entendida através de uma estudo em conjunto com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

“DA LIBERDADE DOS MODERNOS COMPARADA À LIBERDADE DOS CONTEMPORÂNEOS” de autoria de Guilherme Borges Cilião e Clodomiro José Bannwart Júnior, tem por pressuposto, realizar um estudo dialético-comparativo do texto 'Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos', de autoria de Benjamin Constant, que ampara o conceito de liberdade na obediência apenas às leis, com textos de teorias contemporâneas do direito.

Aline Trindade do Nascimento e João Martins Bertaso, apresentaram o trabalho com o tema “DEMOCRACIA E ECO-CIDADANIA EM LUIS ALBERTO WARAT”, em que analisam, dentre vários aspectos, a democracia e a eco-cidadania a partir da teoria de Luís Alberto Warat. Para o referido autor, Democracia é lugar de autonomia, demandando o desenvolvimento de impulsos de vida e das necessidades afetivas. Também é preciso ecologizar o conceito de cidadania, percebendo-a como cuidado frente aos poderes que fundamentam a exploração e a alienação, como a possibilidade de algo mais digno para a vida em sociedade. A eco-cidadania é um trabalho cartográfico sobre o desejo, relacionando-se com todas as formas de viver, com a vontade de criar, de amar e de inventar uma outra sociedade.

“DESAFIOS DO ACESSO À JUSTIÇA: PERSPECTIVAS SOBRE O PATRIARCADO, O CONTRATO SEXUAL E O MITO DE MEDUSA”, é o tema da pesquisa de Felipe Rosa Müller , Jacson Gross e Paula Pinhal de Carlos, cujo intuito de estudar como o patriarcado

influencia o acesso à justiça, explorando o contrato social, o Mito de Medusa e conceitos filosóficos antigos. A fundamentação teórica examina as estruturas patriarcais presentes no contrato social, as narrativas culturais que marginalizam as mulheres e as contribuições da filosofia antiga para reflexão das questões de gênero. Constatam a urgência de superar as desigualdades de gênero e criar um ambiente onde todos tenham acesso equitativo à justiça.

Luiz Carlos dos Santos Junior e Ana Maria Viola De Sousa, desenvolveram um trabalho acerca do “DIREITOS HUMANOS E SOCIEDADE: A EDUCAÇÃO COMO GARANTIA DA CONDIÇÃO DE AGENTE EM AMARTYA SEN E AS PERSPECTIVAS DE JUSTIÇA”. A referida pesquisa infere-se no propósito de aprofundar a reflexão sobre a relevância da educação como um processo essencial para o avanço social, especialmente sob a ótica de Amartya Sen, destacando as capacidades individuais na busca pela realização das liberdades.

Vinicius de Negreiros Calado, apresentou o artigo, “DISCURSO JURÍDICO E PODER: APROXIMAÇÕES ENTRE WARAT E BOURDIEU”, que busca apresentar uma análise sobre o discurso jurídico como um espaço institucional, enfatizando sua capacidade de descontextualizar e negar a subjetividade do outro sob critérios universais. É discutida a relação entre habitus e campo jurídico (Bourdieu), onde o primeiro é um conhecimento adquirido e um capital, enquanto o segundo detém o monopólio de dizer o direito. O discurso jurídico, pretendendo neutralidade, é transformado em fala política (Warat), sendo reconhecido como legítimo em função da racionalização jurídica que o torna eficaz, embora ignore seu conteúdo arbitrário.

“ÉTICA E POLÍTICA PÚBLICA DE TRATAMENTO DE DADOS: UMA ANÁLISE DO FUNDAMENTO ÉTICO NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS”, da autora, Débora Alves Abrantes, tem como propósito analisar influência da ética na política pública de tratamento de dados, fundamental para garantir a proteção dos direitos individuais e a confiança na gestão de informações sensíveis. Verifica-se também que movimentos sociais e debates éticos podem levar à reforma ou criação de novas leis para refletir valores emergentes, como é o caso da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, elaborada em um contexto de avanço tecnológico e crescente coleta e processamento de informações.

Os autores, Cibele Faustino de Sousa, Emerson Vasconcelos Mendes e Renata Albuquerque Lima, apresentaram um artigo intitulado “HERMENÊUTICA, DEMOCRACIA E SEGURANÇA JURÍDICA”, cujo objetivo é analisar as decisões judiciais sob o novo Código

de Processo Civil, abordando-se a importância dessas decisões dos juízes através da análise de provas, destacando a construção do Direito brasileiro. A hermenêutica é fator fundamental para elaboração das decisões, destacando-se sobretudo a segurança jurídica.

“INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO COMO LITERATURA EM DWORKIN: A IMPORTÂNCIA DO ASSASSINO CORRETO”, foi o trabalho apresentado por Mario Cesar da Silva Andrade, que teve como propósito, analisar a concepção de Ronald Dworkin da aplicação do Direito a partir dos paralelos entre Direito e Literatura. A partir das semelhanças entre a hermenêutica jurídica e a interpretação literária, Dworkin se opõe a tese positivista do poder discricionário judicial diante de casos difíceis, defendendo a construção da decisão judicial como uma tarefa criativa ou construtiva, mas substancialmente conformada pelas razões de equidade que asseguram a coerência das boas práticas da história institucional da comunidade, as quais permitem, inclusive, a identificação de eventuais erros institucionais.

Renata Albuquerque Lima, Thammy Islamy Carlos Brito e Emerson Vasconcelos Mendes, apresentaram um artigo intitulado “LEGAL DESIGN E A ANÁLISE DA LEI 18.246/2022 – POLÍTICA ESTADUAL DE LINGUAGEM SIMPLES DO ESTADO DO CEARÁ: UM PROPÓSITO HERMENÊUTICO”, no qual observam a importância e o papel decisório das ferramentas de Legal Design na promoção do acesso jurisdicional brasileiro a fim de estabelecer uma linguagem mais simplificada e inteligível. Desprendido do rigor técnico, o modelo interpretativo de pré-cognição da prática decisória está alicerçado nas definições de Hermenêutica Contemporânea, que tem reconhecido novas formas de linguagens, como o Visual Law, para o fortalecimento da dignidade da pessoa humana, das garantias constitucionais e da celeridade processual como meio de efetividade da Justiça.

“O DIREITO NATURAL COMO ANTESSALA PARA O JUSPOSITIVISMO” foi o trabalho apresentado por Dayane Cavalcante Teixeira, Aline Marques Fidelis e Luciano de Almeida Pereira, que teve como enfoque uma revisão teórica sobre a temática envolvendo a relação entre o direito natural e o juspositivismo. Analisaram historicamente as duas correntes e seus maiores pensadores, procurando construir por meio da interpretação uma linguagem coerente, indicando resultado sistêmico. Pretendeu-se demonstrar que uma teoria, por mais coerente e estruturada que seja, não é capaz de explicar todos os fenômenos jurídicos pertencentes ao direito. Mais ainda, que uma é suporte da outra, quer assim seja dispensável.

As autoras, Liège Novaes Marques Nogueira e Carolina Silvestre, dissertaram sobre o tema “O LEGADO KANTIANO RECEPCIONADO POR HANS KELSEN À LUZ DOS

QUADRINHOS PUROS DO DIREITO DE LUÍS ALBERTO WARAT”, com o seguinte propósito de expor acerca da recepção por parte de Hans Kelsen do trabalho de Immanuel Kant, a respeito das teorias do conhecimento. O estudo vem ilustrado pelos quadrinhos puros do direito, obra de Luís Alberto Warat que demonstra de forma muito conveniente o contexto e a forma como a Teoria Pura do Direito foi sendo construída por Hans Kelsen e demonstra, de forma inteligente quais entraves foram enfrentados pelo filósofo.

“O PODER DISCIPLINAR NAS RELAÇÕES DE EMPREGO: O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR SOB A PERSPECTIVA FOUCAULTIANA DO PODER DISCIPLINAR E SEUS DISPOSITIVOS” foi o recorte do trabalho apresentado pelos autores, Ricardo Manoel de Oliveira Morais , Bruna Soares Novais, que teve a intenção de compreender o exercício do poder diretivo do empregador sob a perspectiva Foucaultiana de poder disciplinar e seus dispositivos. Foi feita uma análise acerca da relação da disciplina com o poder diretivo do empregador, através da análise de casos controvertidos na jurisprudência trabalhista.

Juan Pablo Ferreira Gomes, desenvolveu um trabalho intitulado “O ÚLTIMO HOMEM EM NIETZSCHE: VERDADE, DIREITO E MECANISMOS DE DISSUAÇÃO”, cujo objetivo foi investigar a relação entre verdade, valor, prova e poder a partir da perspectiva da teoria do direito, aproximando a arqueologia discursiva do inquérito, ou “política da verdade”, proposta por Michel Foucault, em articulação com os materiais teóricos-discursivos acerca da noção de verdade e poder na obra de Nietzsche e os atuais mecanismos de dissuasão do conflito-litígio, bem como suas estratégias de obtenção (im)possível da verdade.

E por fim, apresenta-se o artigo “RECONHECIMENTO DA NATUREZA COMO SUJEITO DE DIREITOS: UMA NOVA ABORDAGEM NORMATIVA SOB A ÉTICA AMBIENTAL”, de autoria de Glaucia Maria de Araújo Ribeiro e Viviane da Silva Ribeiro, que apresentaram uma análise da correspondência do ordenamento jurídico brasileiro ao paradigma do novo constitucionalismo presente na América do Sul, notadamente, no Equador e Bolívia, delimitando-se a abordagem à possibilidade de interpretação do normativo pátrio sob uma nova ética ambiental.

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

Coordenadores:

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Júnior - Universidade Federal do Rio Grande do Sul e
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Prof. Dr. Marcelo Toffano – Faculdade de Direito de Franca (FDF)

O DIREITO NATURAL COMO ANTESSALA PARA O JUSPOSITIVISMO NATURAL LAW AS A PRELUDE TO JUSPOSITIVISM

Dayane CAVALCANTE TEIXEIRA
Aline Marques Fidelis
Luciano de Almeida Pereira

Resumo

O artigo versa sobre a evolução das teorias filosóficas, quer acreditamos existir numa sociedade politicamente organizada. Como alternativa epistemológica para tanto, escolhemos compulsar as teorias abordadas pelas duas grandes correntes – jusnaturalista e positivista, por meio da análise analítica de abordagem, para a construção de uma narrativa coerente e crítica sobre o tema. A metodologia adotada é a dialética dedutiva, por meio da coleta de dados bibliográficos anteriores sobre o assunto. A partir de uma premissa maior e mais genérica e uma menor e mais específica, pretendeu-se chegar a um resultado necessário da linguagem construída no presente artigo. A presente pesquisa retrata, basicamente, uma revisão técnica existente sobre o tema, em compasso com a atualidade, numa análise da proposição apresentada, qual seja, a relação, se existente – e isso é que queremos demonstrar, entre o direito natural e o juspositivismo. Para tanto, buscou-se analisar historicamente as duas correntes e seus maiores pensadores, procurando construir por meio da interpretação uma linguagem coerente dos resultados obtidos do presente estudo, indicando ao final um resultado sistêmico. O que buscamos demonstrar no presente trabalho, é que uma teoria por mais coerente e estruturada que seja, não é capaz de explicar todos os fenômenos jurídicos pertencentes ao direito. Mais ainda, que uma é suporte da outra, quer assim seja dispensável.

Palavras-chave: Direito natural, Direito positivo, Jusnaturalismo, Filosofia do direito, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

The article deals with the evolution of philosophical theories, which we believe exist in a politically organized society. As an epistemological alternative to this end, we chose to compulsation the theories approached by the two major currents – naturalist and positivist, through the analytical analysis of approach, for the construction of a coherent and critical narrative on the theme. The methodology adopted is the deductive dialectic, through the collection of previous bibliographic data on the subject. From a larger and more generic premise and a smaller and more specific one, it was intended to arrive at a necessary result of the language constructed in this article. The present research portrays, basically, an existing technical review on the subject, in step with the present day, in an analysis of the proposition presented, that is, the relationship, if it exists – and this is what we want to demonstrate, between natural law and juspositivism. To this end, we sought to analyze historically the two

currents and their major thinkers, seeking to construct through interpretation a coherent language of the results obtained from the present study, indicating at the end a systemic result. What we seek to demonstrate in the present work is that a theory, no matter how coherent and structured it may be, is not capable of explaining all legal phenomena pertaining to law. Moreover, that one is the support of the other, whether it is dispensable.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Natural law, Positive law, Jusnaturalism, Philosophy of law, Fundamental rights

Introdução

Discorrer sobre este tema nos parece desafiador, inobstante a necessidade paulatina de manifestação, dada sua complexidade e importância para estudiosos e pesquisadores do direito que pretendem aprofundar no estudo dogmático.

De geral conhecimento, cabe ao cientista, partindo da metodologia adotada, dar exatidão, ou chegar o mais próximo desta possível, às conclusões acerca dos institutos estudados, minimizando as ambiguidades e vagezas que entornam a questão, bem como analisando e descrevendo detalhadamente os aspectos ínsitos ao tema, considerando o prisma pelo qual se olha o objeto¹.

É o que nos propomos no presente trabalho. Valendo-nos da metodologia escolhida, tema o escopo de traçar os elementos linguísticos e, conseqüentemente, sistêmicos – *sistemas social e jurídico* – que emblemam a discussões sobre as correntes jusnaturalistas e juspositivistas do direito, esgaravatando elementos que minimizem e, a longo prazo, dissipem tais questões.

Com efeito, importante elemento não há de ser olvidado. Conforme linhas acima acentuamos, toda investigação científica reclama uma metodologia. De se notar, a metodologia, sem mais rodeios, é o estudo dos métodos; etapas a serem seguidas num determinado processo.

Tem por objetivo captar e analisar as características dos vários métodos disponíveis, avaliar suas capacidades, potencialidades, limitações ou distorções e criticar os pressupostos ou as implicações de sua utilização.

É a exposição de assertivas minuciosa, de um determinado método que, neste diapasão, é tomado na acepção de caminho do trabalho de pesquisa, do instrumental utilizado dentre outros elementos de vitanda importância em uma iniciativa deste quilate.

Afora isto, a metodologia cumpre um papel de incontestável importância, porquanto sirva de sistema de referência para um trabalho de pesquisa científica. E nesse passo, há de se destacar que não há obtenção de conhecimento científico sem que, previamente,

¹ Dizemos isto posto que o limite investigativo de cada objeto condiz com a faceta possível de se ver a partir do ângulo pelo cientista eleito. Por outro giro, cada ângulo de observação tem um limite de observação. Destarte, ao exegeta só é dado observar até onde seu campo de visão alcança.

seja estabelecido um sistema de referência que dê p[ort]ico ao trabalho investigativo do ser cognoscente.

Dito isto, urge salientar que o m[et]odo por n[os] escolhido [e] o denominado dial[et]ico dedutivo, por meio da coleta de dados bibliogr[af]icos anteriores sobre o assunto. A partir de uma premissa maior e mais gen[er]ica e uma menor e mais espec[if]ica.

Este, portanto, vem a ser um esfor[ço] para expandir o racioc[ini]o na compreens[ã]o do tema objeto de an[al]ise e, conseq[ue]ntemente, para compreender o campo de discuss[ã]o, ainda que em tra[ço]s singelos, da complexa filosofia do direito.

1. Jusnaturalismo – Tra[ço]s Inic[i]aticos.

Inicialmente, importante repassar brevemente pelo contexto hist[or]ico dessa teoria que por muitos [e] desconsiderada² hoje em dia, para compreender seus principais marcos, quer seja poss[iv]el faz[er]-lo em poucas palavras, bem como da pontuada distin[ç]ão trazida [a] guisa – entre direito natural e direito o positivo.

Desta forma, percorrer pelo pensamento dos fil[os]ofos jusnaturalistas, cremos ser a melhor maneira de se compreender essa teoria e, vale ressaltar que consideramos o momento hist[or]ico vivido por cada autor de extrema relev[an]cia, quer seja pelos tra[ço]s sociais marcantes em cada contexto, quer seja pela influ[en]cia que o tempo tem sobre as opini[õ]es e a forma[ç]ão do pensamento.

Notadamente h[á] discuss[õ]es que levaram a sala de debates o que seria o direito natural e o direito positivo por diversos momentos hist[or]icos, se contrapondo cada autor ao seu tempo. No pensamento cl[ass]ico quando de seu surgimento na Gr[ec]ia antiga, nas discuss[õ]es entre S[oc]rates e os Sofistas, nos debates sobre natureza (*phusis*) e o que era estabelecido pelo homem por convic[ç]ão (*th[esis]*)³, as vers[õ]es jusnaturalistas baseavam-se

² Alguns doutrinadores que adotam teorias mais atuais de filosofia do direito acreditam que o jusnaturalismo em nada pode ser aplicado, ao ponto de neg[ar]-lo totalmente, seria uma teoria ultrapassada. Ademais disso, nos parece que a teoria positivista apesar de criticar o direito natural, n[ã]o se contrap[õ]e totalmente a ele, ao ponto de desconsider[ar]-lo em sua integralidade. E sobre a cr[it]ica da utiliza[ç]ão do jusnaturalismo, mesmo ap[os] teorias contempor[an]eas, se refere L[eo] Strauss, dizendo:“(...) a rejei[ç]ão contempor[an]ea do direito natural em nome da hist[or]ia baseia-se, n[ã]o em evid[en]cia hist[or]ica. (...) a cr[it]ica filos[of]ica em quest[ã]o n[ã]o incide em particular sobre o direito natural ou sobre princ[ipi]os morais em geral. Trata-se de uma cr[it]ica ao pensamento humano enquanto tal.” (STRAUSS, 2009, p. 14).

³ Segundo Bobbio a distin[ç]ão ente direito natural e direito positivo j[á] se existia desde Plat[ã]o e Arist[ot]eles. (BOBBIO, 1909-2004, p.23)

no “poder divino” ou “racionalista”. Assim também no pensamento medieval, entre os escritores teólogos, filosóficos e cananistas.

Entretanto, existem pelo menos dois grandes movimentos históricos que perfazem a teoria jusnaturalista, a primeira chamada de teoria clássica que tem como grandes pensadores Aristóteles e São Tomaz de Aquino, ali por volta do século XIII, fundamentado na racionalidade, na equidade ou igualdade de justiça.

A distinção entre o direito natural e positivo é trazida logo nesse tempo por São Tomás de Aquino na *Summa Theologia* (I.a II. Ae, q. 90). “O autor especifica quatro, a saber, a “*lex aeterna*”, a *lex naturalis*, a *lex humana* e a “*lex divina*”. Deixando de lado a primeira e a quarta destas categorias (a *lex aeterna* e a *lex divina*) (...) São Tomás só não chama de positiva a *Lex humana* pelo motivo de que também a *Lex divina* é positiva”. (BOBBIO, 1909-2004, p. 27).

Bobbio (1909-2004, p. 157) mencionando Aristóteles em seu livro V, capítulo 7 de *Ética a Nicômaco*, explica que o filósofo quando diz que, do justo civil, uma parte é natural e a outra legal, vai delimitar e diferenciar dois tipos de normas, que se distinguem pelo fundamento de validade, não sendo necessariamente opostas e nem excludentes.

O segundo movimento histórico jusnaturalista é do século XVII e XVIII – racionalista moderno, tendo como fonte principal Descartes. Segundo Bobbio (1909-2004, p. 38), a mais célebre distinção é que foi trazida por Grócio, se referente mais pontualmente ao direito natural, dizendo que: “o direito natural é um ditame da reta razão, voltado para mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário, segundo esteja ou não em conformidade com a própria *natureza racional* do homem, e para fazer que tal ato é, em consequência, proibido ou ordenado por Deus como autor da natureza”.

A saber as grandes discussões pairavam em propostas de reforma da sociedade e do Estado e muitas vezes de sociologia jurídica, quando as discussões eram sobre estado de natureza e os vários tipos de sociedade e de Estado. Neste compasso ainda assim, como considerado por Jonh Finnis, (2007, p. 17): “Existe então uma interdependência mútua, embora não exatamente simétrica, entre o projeto de descrever os assuntos humanos por meio de uma teoria e o projeto de avaliar as opções humanas com o propósito de agir, pelo menos remotamente, de modo razoável e bem”

Com efeito, entendemos que para se captar o mundo natural é preciso ir até antes da primeira emergência da ciência e da filosofia, segundo Leo Straus em seu texto *Direito Natural e História* (STRAUS, 2009) a informação fornecida pela filosofia clássica é suficiente, principalmente suplementada pelas premissas da bíblia⁴, a fim de se reconstruir o caráter essencial do mundo, quais sejam as práticas que têm valor universal que são captadas pelas experiências da vida, daquilo que é justo e bom ou aquilo que seria o já aceito ou compreendido como errado.

Insurgirmos em parte da visão do autor pelo menos em ensaios – este que adota uma teoria jusnaturalista clássica, que a evolução para uma teoria contemporânea do que seria o direito é “dispensável”, o que não para nós seria “associável”, queremos dizer, os traços ali percorridos por cada um podem e devem ser considerados. “Para que a filosofia seja possível basta que os problemas fundamentais sejam sempre os mesmos; mas não pode haver direito natural se o problema fundamental da filosofia política não puder ser resolvido de uma maneira definitiva”. (STRAUS, 2009, p. 33). É exatamente deste modo que o autor defende que existem problemas universais fundamentais que nunca mudam, mas que já foram parcialmente resolvidos pela filosofia clássica, o que os torna suficientes e úteis. Logo, existem problemas humanos individuais e sociais que são perenes, que estão presentes em todos os períodos históricos, assim nos parece que problemas atuais poderiam ser melhorados com o estudo das ideias desses autores clássicos.

2. Jusnaturalismo – Direito Natural.

A natureza sob a óptica do jusnaturalismo, se refere sua autoridade em funcionar como atividade legiferante. Como aduz Kelsen (1984, p. 94):

A natureza – a natureza em geral ou a natureza do homem em particular – funciona como autoridade normativa, isto é, como autoridade legiferante. Quem observa os seus preceitos, actua justamente. Estes preceitos, isto é, as normas de conduta justa, são imanentes a natureza. Por isso, elas podem ser deduzidas da natureza através de uma análise, ou seja, podem ser encontradas ou por assim dizer, descobertas na natureza – o que significa que podem ser reconhecidas.

Insta travar em linhas, que o Direito Natural não é sinônimo de Jusnaturalismo, este segundo é a teoria que entendemos admitir a diferença existente entre o Direito

⁴ O autor e filósofo norte-americano era de origem judaica, o que justifica suas afirmações em torno das considerações bíblicas.

Natural e o Direito Positivo, sendo que prevalece o direito natural sobre o direito positivo, por este mesmo motivo trazemos o conceito adotado por Kelsen⁵ sobre natureza.

O Direito Natural lastreados nos preceitos que se referem a relação de justiça⁶ – é dar a cada um nem mais nem menos por natureza, aquilo que é decorrente da investigação racional, não como conjunto de direitos subjetivos.

Como explica Renato Lopes Becho (2010, p. 104):

Em regra, os naturalistas tendem a reconhecer normas morais objetivas, identificadas como justas por todas as pessoas, considerando-as verdadeiras regras jurídicas, obrigatórias em seu cumprimento e passíveis de sanção estatal em seu eventual descumprimento.

O direito visto como justo é o grande pressuposto do direito natural, todavia o termo direito natural ainda pode ser fundamentado naquilo que é divino, ou no desenvolvimento da razão – valorativo.

Da definição de John Finnis (2007, p. 19) valemo-nos, explicando a ideia aqui trazida:

O sentido que a expressão "direito natural" tem neste livro pode ser indicado nas seguintes afirmações um tanto banais, formulações que talvez pareçam vazias, ou petições de princípio, até serem esclarecidas na Parte Dois: existe (i) um conjunto de princípios práticos básicos que indica as formas básicas de florescimento humano como bens a serem buscados e realizados, e que é de uma forma ou de outra usado por todos os que ponderam sobre o que fazer, por mais infundadas que sejam suas conclusões; e (ii) um conjunto de requisitos metodológicos básicos de razoabilidade prática (ela mesma uma das formas básicas de florescimento humano) que distingue entre pensamento prático bem fundado e infundado e que, quando são todos empregados, fornece os critérios para distinguir entre atos que (sempre ou em circunstâncias particulares) são razoáveis levando-se tudo em consideração (e não apenas em relação a um propósito particular) e atos que são desarrazoados levando-se tudo em consideração, isto é, entre modos de agir que são moralmente certos ou moralmente errados - permitindo, dessa forma, que se formule (iii) um conjunto de padrões morais gerais.

Como apontaremos linhas abaixo, entendemos que desprezar o direito natural seria o mesmo que desprezar também a ideia de natureza. Já nos adiantamos em dizer, tal

⁵ O autor escreve um capítulo inteiro “direito e natureza” em seu livro teoria pura do direito, provavelmente o capítulo mais conhecido de seu livro. Sabemos que o autor é dos grandes se não maior positivista que já existiu.

⁶ Os 5 preceitos de relação justiça fincados pelo direito natural, são:

- a) O bem deve ser feito e o mal evitado”;
- b) “Preserve a ti mesmo” - autopreservação da própria vida, integridade física, psicológica e moral;
- c) “Perpetua a espécie”;
- d) “Conhece a verdade” – conhecer os fatos tal como aconteceram, e;
- e) “Faz amizade de maneira gradual” – em graus de proximidade.

qual seja o tema de nosso artigo, que compreendemos ter o direito positivo como fonte, o direito natural, bem como todas as normas do direito positivo têm o suporte no direito natural, naquilo que é naturalmente justo “os princípios do direito natural explicam a força obrigatória (no sentido mais pleno de "obrigação") das leis positivas, mesmo quando essas leis não podem ser deduzidas desses princípios.” (Finnis, 2007, p. 20).

Com efeito é o que leciona Bobbio (1909-2004, p. 155):

A distinção entre vários significados da expressão “positivismo jurídico”, (...) pode servir também a outra finalidade eliminar muitos equívocos da tradicional disputa entre fautores do jusnaturalismo e do positivismo jurídico. A dureza polêmica, de fato, pode fazer crer que se trate de duas concepções opostas em todo seu significado, das quais se deve escolher ou jusnaturalistas ou positivistas.

Aqui sustenta, ao contrário, primeiro que as expressões “jusnaturalismo” e “positivismo jurídico” foram empregadas com significados tão diversos que as relações entre as duas correntes dispõem-se em diversos planos, conforme esteja em questão um ou outro significado; segundo, apenas um deles constitui uma verdadeira alternativa. Exatamente pelo fato de não levar em conta os diversos planos deriva a curiosa consequência de que, com frequência, os argumentos dos dois adversários não se encontram e, depois do duelo de morte, estão ambos mais vivos do que antes.

Mas concordamos com Nietzsche (2005, aforismo n.2) ao dizer que o homem é imutável, “como uma constante em todo o redemoinho, uma medida segura das coisas”, assim como o direito. Por isso, acreditamos que o direito sofre mutações ao longo do tempo, mas que as teorias anteriores não podem ser ao todo desprezadas, mas sim, servem de passagem para a próxima, ou até mesmo, como acreditamos aqui, como “antessala”.

3. Direitos Fundamentais Sob a Óptica do Jusnaturalismo.

No percorrer histórico, nota-se que os povos cultos enfatizaram determinadas prerrogativas inatas ao indivíduo, tais quais liberdade, dignidade, saúde, segurança e outros de mesma categoria.

Emergem, então, alargada plêiade de nomenclaturas para se referir a cada um os indigitados direitos. Trata-se, de todo modo, do famigerado direito do homem - *natural rights* -, assim entendidos como axiomas basilares que acompanham o indivíduo desde os mais remotos tempos. “Na concepção que chamamos de lockiana do contrato primitivo, foi dito que o poder soberano se instaura para melhor proteger os direitos naturais”. (FERRAZ JR, 2002, p. 26).

Consoante o ideário jusnaturalista, assim o são porquanto se amalgamem à própria existência do ser. São, por isso, condições ínsitas ao próprio indivíduo, o que lhe traria condição pré-estatal, isto é, direitos que, porque essenciais a existência humana, independem de atividade legiferante para o seu reconhecimento.

Como elemento redundante, já que caminhando *pari passo* àquele outro tracejado linhas acima, vem à colação os nominados direitos humanos - *human rights* -, ocupando a condição de prerrogativas básicas que ordinariamente são empunhados pelas bandeiras do Direito Internacional Público, sendo, portanto, personagens constantes de tratados internacionais ou documentos a estes equivalentes, mas que, de toda sorte apontam, de final, para os indivíduos.

Conceito outro, com efeito, exhibe os direitos humanitários - *humanitarian rights* - encerrando a ideia de direitos basilares concedidos às populações civis e aos prisioneiros militares no acotiar de conflitos armados, tenham, estes, proporções internacionais ou não.

Quanto aos direitos fundamentais - *fundamental rights* -, ocupam o lugar de direitos básicos, acolhidos implícita ou explicitamente pela estrutura constitucional de cada Estado soberano. São, por isso, inafastáveis e irredutíveis já que são fontes para prerrogativas outras destas derivantes. Nesse compasso, possível se faz que os direitos fundamentais ocupem lugar de “direito de ter direitos”.

Os direitos civis - *civil rights* -, por seu turno, em rápida síntese, têm o condão de proteger os utentes dos arbítrios exarados pelo Estado. Não obstante a isso, tencionam, de outra mão, garantir a participação desses mesmos indivíduos na definição dos destinos concernentes ao mesmo Estado.

Como sabido, a classificação de quaisquer elementos é efetivada ao sabor do ser cognoscente que a promove.

De toda sorte, a natureza aqui trazida à colação não diz respeito a outra coisa, senão às expectativas inatas ao homem que, por assim, cada sujeito consigo carrega. De se saber, o Direito Positivo, repitamos, só faz sentido se utilizado para regradar as relações interpessoais numa dada sociedade de modo a possibilitar a consecução dos anseios oportunamente apontados.

E, notemos, tem-se, aqui, uma noção que deve ser aplicada a quaisquer diplomas jurídico-positivos, independentemente do grau hierárquico em que se aloque. Nesse diapasão, da coleção normativa que ocupa os píncaros do sistema, qual seja, a Constituição, até o mais raso dos textos jurídico-positivos insertos num dado sistema jurídico, há de se exhibir os elementos dos jusnaturalismo como formador dos seus valores iniciáticos.

Na esteira do que dissemos, tragamos à sirga as lições de Ferdinand Lassalle (2000, p. 17) que, com a clareza de raciocínio que lhe é própria, assevera que os países, em todos os tempos, desfrutaram, assenhoreiam e hão de contar com uma Constituição real e efetiva, de tal modo que, com efeito, nos tempos modernos apareceram as Constituições escritas. São, assim, um maquinal corolário.

O questionamento que o festejado jurista faz, então, repousa sobre a origem de tais comandos. De onde deriva o anelo, inerente aos tempos modernos, para a feitura e adoção de uma Constituição escrita?

Redarguindo a tal questionamento, aponta três elementos que dão fulcro à ideia por este sustentada, já que as tem como fontes reais de poder. Vejamo-las:

(i) Constituição Feudal. Quando da vigência desta, notara-se que fora marcada pela hegemonia do poder bélico dos nobres e sua associação com o rei;

(ii) Estado absolutista. Exibia como traço marcante o enfraquecimento da nobreza, o crescimento do poder econômico da burguesia e a associação da burguesia com o rei; e

(iii) Revolução Burguesa – Destacado crescimento do poder da burguesia, tornando-se capaz de suplantar o poder do rei e seu exército.

De toda sorte, insta observar que Ferdinand Lassalle (2000, p. 18) concluía que uma Constituição escrita, ponto apoteótico do Direito Positivo, é adequada, eficaz e duradoura quando tem seus pálios erigidos com vistas aos fatores reais do poder, aos valores que, por ocuparem posição de aspirações insofismáveis da sociedade, regem o país. Em contrário senso, a Constituição escrita exhibir-se-á, tão-somente como singela “folha de papel”, de modo a sucumbir, irretorquivelmente, diante da Constituição real, aqui entendida como os factuais anseios dos utentes. Em razão disso, dissera: “*De nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder*”.

De geral conhecimento, o sistema jurídico de um Estado é construído a partir de elementos orgânicos deste que, observemos, encontram-se consagrados no Texto Constitucional.

Desta feita, uma Constituição que não espelhe as verdadeiras expectativas de um Estado e seus cidadãos, refletirá suas lacunas pelos textos infraconstitucionais desta vindouros. Trata-se, pois, de reverberação irreprimível.

Assim como no caso da Constituição, os demais diplomas, isto é, os textos infraconstitucionais, deverão de carregar consigo comandos que reflitam verdadeiramente valores sociais. Em contrário, assim como a Constituição, os demais textos legais nada mais serão que folhas de papel, ou emaranhados de letras e versos despidas de verdadeiros comandos; vazias quanto aos axiomas sociais que devem estar estampados nestes, a fim de que não haja descompassos entre a realidade social e a linguagem trazida pela atividade legiferante que, nesse caso, nada mais seria que fabuladora.

De se se concluir, então, o jusnaturalismo deveras não se mistura com o juspositivismo. Não há de se admitir que ambos regrem determinada sociedade concomitantemente, até porque o papel de linguagem condutora porquanto prescritiva, fica ao talante do Direito Positivo com todos os seus predicados.

Todavia, beira ao discurso pueril desprezar que o Direito Positivo, para que seja eficaz e efetivo, tenha de buscar arrimo nas expectativas sociais que, em verdade, ocupam lugar de Direito Natural, reprisamos.

4. A Positivação dos Direitos Fundamentais - Breves Notas.

A positivação de quaisquer elementos jurídicos é resultado das atividades legiferante promovidas pelo Estado.

O Estado, de se saber, é uma sociedade politicamente organizada. Importa notar, todavia, que nestas as pessoas se congregam considerando fatores vários como convencimentos religiosos, sabores políticos, orientação sexual dentre tantos outros valores pelo homem carregados.

Todas as manifestações sociais trazem suas expectativas; seus desejos. Como consequência insofreável, há de se implementar prerrogativas sejam capazes de garantir

que suas expectativas sejam consagradas de modo a promover uma convivência harmônica entre diferentes convicções dentro do mesmo espaço de tempo.

Neste aspecto até mesmo Hart (1964, p 201)⁷ acentua que em um sistema jurídico “deve repousar sobre uma convicção amplamente difundida de que há uma obrigação moral de lhe obedecer”.

Essa bandeira, inclusive, é o mote do neoconstitucionalismo. Notemos que os diferentes aguardamentos, vindouros das diferenças sociais, reclamam a intervenção do Estado.

Destarte, o Estado haverá de lançar mão de textos normativos que busquem tutelar os mais diversos interesses.

Como insistentemente dito, a efetivação da tutela em comento há de se operar pela atividade legiferante do Estado.

É, pois, neste momento que se tem a positivação do direito. Conforme dito no tópico predecessor, o jusnaturalismo, aqui, deve ser entendido como os direitos ínsitos carregados pelo homem desde os mais remotos tempos, daquilo que é socialmente justo “pedra angular de todo edifício jurídico” (Del Vecchio, 1960, p. 1).

Aprendemos do que fora trazido por Tércio Ferraz Junior (2002, p. 148):

O conceito de justiça, como todas as categorias fundamentais dentro da filosofia, é um dos mais disputados. O termo costuma caracterizar, de modo geral, aquilo que é “justo” no sentido de equitativo, congruente, igual. Mas, especificamente, refere-se à congruência relativa ao homem, às coisas na sua relatividade face ao homem e aos homens entre si. É nesse sentido, sentido humano, que o termo justiça ganha foros jurídico-filosóficos.

A sociedade, de se perceber, antecede ao próprio Estado. Propedeuticamente, os indivíduos se conglomeram nos moldes e motivos vestibularmente estampados. É a partir da indicada manifestação social que surgem interesses, desejos, ambições, isto é, o direito propriamente dito.

O processo de positivação, portanto, há de acompanhar a manifestação da essência carregada pelos indivíduos de uma dada sociedade porquanto esta haverá de refletir na condição do Estado.

⁷ Pontuamos que até mesmo Hart, pois o autor positivista discorda que de que o direito é influenciado em todos os tempos pela moral convencional.

O Direito Positivo haverá de acompanhar quase que instantaneamente os referidos anseios sob pena de fomentar um descompasso que, de médio a longo prazo, redundará em inexorável colapso social e conseqüentemente estatal.

No que concerne à forma da positivação do direito, cada Estado exibirá seu próprio *modus operandi* devidamente consagrado na sua Lei Maior.

O método de criação de leis, etapa fundante da positivação dos direitos, da transformação do direito natural e direito positivo, é de vitanda a importância porque se aviltado, trará risco a todos os axiomas fundantes daquele Estado. Por isso resta de magna importância o controle de constitucionalidade, isto é, para que não se tenha elementos que agridam o Estado e seus valores.

Como se nota dos ensinamentos de Hart (1994, p. 143):

De facto, todos os sistemas, de formas diferentes, chegam a um compromisso entre duas necessidades sociais: a necessidade de certas regras que podem, sobre grandes zonas de conduta, ser aplicadas com segurança por indivíduos privados a eles próprios, sem uma orientação oficial nova ou sem ponderar as questões sociais, e a necessidade de deixar em aberto, para resolução ulterior através de uma escolha oficial e informada, questões que só podem se adequadamente apreciadas e resolvidas quando surgem num caso concreto. Em alguns sistemas jurídicos, em certos períodos, pode ser que demasiadas coisas sejam sacrificadas à certeza, e a interpretação judicial das leis ou do precedente seja demasiado formal e assim não consiga responder às semelhanças e diferenças entre casos que só são visíveis quando consideradas à luz das finalidades sociais. Noutros sistemas ou em outros períodos, pode parecer que demasiadas coisas sejam tratadas pelos tribunais como casos permanentes em aberto susceptíveis de revisão de precedentes, e atribui-se demasiado pouco respeito aos limites que a linguagem legislativa, **não obstante a sua textura aberta, apesar de tudo fornece.** (grifou-se)

Assim se deve entender, porque aviltar o Estado é, em linhas finais, ultrajar os axiomas sociais, os desejos e anseios de cada um dos cidadãos se considerarmos que o sistema jurídico positivo expressa fidedignamente a vontade de seu povo.

Logo, o que frontalmente lhe atacar há de ser prontamente posto para fora do sistema. Admitir norma ou ato emitido por autoridade investida de poder estatal convivendo com determinado sistema jurídico positivo, desdizendo, com efeito, aos comandos trazidos pelo Direito Positivo, implica em permitir afronta aos desejos sociais; é legitimar um ataque aos desejos prerrogativas de um povo. Isso porque o processo de positivação buscar espeque e origem na vontade social.

5. O Direito Positivo como Expressão Última do Jusnaturalismo. Uma Consequência Inevitável.

O título do tópico em tela expressa nossas impressões acerca das imbricações natural e insofreáveis que se aloja entre o jusnaturalismo e o Direito do Posto.

Conforme vimos demonstrando ao longo deste trabalho, o Direito Natural não é um corpo normativo que, *de per se*, se posta como comando capaz de reger a vida na sociedade; ordenamento que conduza as relações intersubjetivas havidas em sociedade. Em contrário, já que este é o escopo do Direito Positivo.

Não indica dizer, entretanto, que a adoção positivismo, isto é, do direito positivo aparta-o, *in totum*, do Direito Natural.

Menos ainda encerra a ideia de que reconhecer o Direito Positivo como fio condutor das regras de formação do Estado e das relações neste estabelecidas pressupõem necessário divórcio com aquele outro.

Como alhures propalamos, o Direito Natural traduz os direitos interligados ao homem, porque a este inatos; são direitos naturais porque, como a nomenclatura indica, acompanha pronta e involuntariamente cada indivíduo.

Em razão disto, pois, os Direitos Naturais existem independentemente do Estado. Indica dizer, por outros contornos, que não reclamam seu reconhecimento por parte do daquele através da sua atividade de produção de normas, já que naturalmente jungido a cada indivíduo. É de se notar, todavia, que a relação e concatenação atadas entre o Direito Natural e o Direito Positivo aqui não se encerram.

Ainda que suplantemos e, com isso, admitamos que o Direito Natural inspira a feitura de uma coleção de direitos fundamentais devidamente grafados na Constituição de um dado Estado porquanto fundamentais, e, por isso mesmo, há de ocupar lugar no Excelso Diploma estatal, a necessária e inevitável relação entre as duas expressões jurídicas vão além.

Cediço é que as constituições elaboradas com sustentáculo nos axiomas centrais do neoconstitucionalismo primam por um texto que, imediata ou mediatamente, persigam a consecução da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, tão importante valor não é alcançado, apenas, com a observância de prerrogativas colacionadas no Texto Magno na qualidade de direitos fundamentais.

Uma série outra de elementos bafejam o Estado, já que operam como condições necessárias para que a dignidade da pessoa humana seja alcançada.

Por outro giro, desprezar os indigitados elementos é, em última análise, atacar a dignidade da pessoa humana. Em razão disto, então, a inobservância de comandos paralelos, malgrado arremeter-lhes imediatamente, empreende ofensas indiretas a dignidade da pessoa humana.

De se observar, todos os direitos listados em uma lei supina são a mais genuína expressão das expectativas, anseios e desideratos de um povo. Vai muito além da lista de direitos fundamentais outrora aventada. Esta diz respeito a direitos inatos ao ser humano que, por assim, são por este carregados não sendo possível a estes olvidar ou renunciar.

Existem na mesma medida em que ser humano existe. Por isso irrenunciáveis; por isso independem do reconhecimento ou expressão do Estado.

De outra mão, a coleção de direitos que entornam os direitos fundamentais de modo a no seu redor gravitar, não têm natureza fundante no ser humano, no indivíduo, mas, por outro giro, expressa sua mais genuína vontade, expectativa.

Se difere da primeira modalidade porque aquela, repisemos, nasce com homem e o acompanha até seu derradeiro momento; a segunda, por sua vez, deflui da animação do indivíduo, de modo a ser a mais verdadeira e original fonte do direito positivo; lugar donde este há de buscar elementos para soerguer-se.

Deste modo, não se faz possível a construção de qualquer texto de Direito Positivo que ignore a essência da sociedade em todas suas expressões, em todas suas nuances, como explica o professor Lourival Vilanova (1997, p. 37):

O conhecimento é um fato complexo. Simplificadamente diz-se que é relação do sujeito com o objeto. E se tivermos em conta o conhecimento do mundo físico exterior, sua origem é a experiência sensorial. Percebo uma árvore verde e enuncio: esta árvore é verde. O ser-verde-da-árvore, que se me dá num ato de apreensão sensorial, é base para outro ato, o de revestir esse dado numa estrutura de linguagem, na qual se exprime a relação conceptual denominada proposição (juízo, na terminologia clássica).

Inseparáveis, mas discerníveis, são os seguintes componentes do conhecimento: a) o sujeito cognoscente; b) os atos de percepção e de julgar; c) o objeto do conhecimento (coisa, propriedade, situação objetiva); d) a proposição (onde diversas relações de conceitos formam estruturas).

Isso porque o Direito Positivo, para que encontre, deveras, eficientemente os fins a que se propõe, assim a de se comportar.

Em contrário, ter-se-á textos desacoplados com a verdade social, com os anseios e expectativas de um povo, redundando em um emaranhado de textos de lei absolutamente embalde, postando-se absolutamente afastados de seus fins, de sua verdadeira função.

Como dito por Clarisse Von Oertzen de Araujo (2008, p. 65): “o Direito, em parte absorve as informações de seu meio, a sociedade, e em parte de si mesmo, quando provoca o seu auto-exame (o que acontece a todo tempo)”.

Textos positivos inspirados na experiência de outros Estados, insuflados na cultura alheia, notemos, jamais cumpriram seu mister porque não acarta consigo o elementar dispositivo para que desempenhem a função para qual foram criados, já que obliteraram os anseios sociais.

De se concluir, pois, que o Direito Positivo para assim ser concebido, há de passar pelo Direito Natural com suas ferramentas e roupagens que lhes são próprias.

Inspiram a feitura do Direito Positivo, de modo a indicar os caminhos a serem percorridos. Daí porque o jusnaturalismo é a antessala do Direito Positivo; em razão disto o Direito Positivo é a expressão última do jusnaturalismo, porquanto este último revele a mais legítima e lúdima vontade social.

Considerações Finais

Ao desenvolver estudo acerca de teorias que abarcam a filosofia do direito, se faz de grande importância considerar o momento histórico em que estamos contruindo a ideia ora explanada. Nos parece, portanto, que o Direito Positivo, fio condutor das regras de formação do nosso Estado de direito, há de ser considerado com maior vigor. Claro, sem desconsiderarmos todas as outras grandes e não menos importantes correntes, aqui adotando Direito Positivo como teoria.

Assim, procuramos demonstrar em breves linhas, como o Direito Natural influenciou e influencia o Direito Positivo, servindo, inclusive para este como “*antessala*” – termo que adotamos neste artigo.

Atentando ao que fora debatido constantemente pelos movimentos históricos jusnaturalistas, em termos de Direito Natural e Direito Positivo, mencionamos que o

Direito Natural não é sinônimo do Jusnaturalismo, este segundo é a teoria que entendemos admitir a diferença existente entre o Direito Natural e o Direito Positivo, sendo que prevalece, segundo essa teoria o Direito Natural sobre o Direito Positivo.

Notadamente, quando assim asseveramos sobre tal distinção, trouxemos à discussão a importância do Jusnaturalismo e suas expectativas inatas ao homem que, por assim, cada sujeito consigo carrega, inerentes ao estado natural. De se saber, o Direito Positivo, repitamos, só faz sentido se utilizado para reger as relações interpessoais numa dada sociedade de modo a possibilitar a consecução dos anseios oportunamente apontados, inerentes ao que se têm por Direito Natural.

De tal forma, a positivação de quaisquer elementos jurídicos, precisam trazer as manifestações sociais e suas expectativas; seus desejos. Tão logo, deve acompanhar a manifestação da essência carregada pelos indivíduos de uma dada sociedade porquanto esta haverá de refletir na condição do Estado.

Pontuamos, que o Direito Natural traduz os direitos interligados ao homem, porque a este inatos; são direitos naturais porque, como a nomenclatura indica, acompanha pronta e involuntariamente cada indivíduo, porquanto desprezar os indigitados elementos é, em última análise, atacar a dignidade da pessoa humana.

Referências

ARAUJO, Clarisse Von Oertzen. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Quartier latin, 2008.

BECHO. Rebató Lopes. *Filosofia do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra; tradução de Luiz Sérgio Henrique. São Paulo: Edipro, 2022.

_____. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*; tradução Jaime A. Clasen; revisão técnica Marcelo Granato. – 1 ed. – São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016.

FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

HART. Herbert L.A. *O Conceito de Direito*; trad. A. Ribeiro Mendes. 3ª ed., 1994.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; trad. Dr. João Baptista Machado. 6ª ed., Coimbra: Editora Armênio Amado, 1984.

LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2000., páginas 17 e 18.

STRAUSS, Léo. Direito Natural e História. Lisboa: Edições 70, 2009.

VECCHIO, G. Del. A justiça; trad., de J. aléxis D'Aynac. Dallor, 1953.

VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. São Paulo: Max Limonad, 1997.