

DIREITO POSITIVO X DIREITO NATURAL: UMA DICOTOMIA REVIGORADA?

Vinicius Fernandes Ormelesi

<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4434251H4>

Resumo: Esse estudo procura abordar a questão do direito natural e do direito positivo. A perspectiva adotada parte da filosofia do direito. Procura-se entender como se formou a dicotomia e como ela foi encarada pelo pensamento jurídico. Faz-se uma análise das modernas correntes teóricas do direito. Ponderam-se as críticas trazidas pela ciência do direito à filosofia da justiça. Examina-se se o tema está exaurido ou se apenas se transformou em novas problemáticas.

Palavras-chave: filosofia do direito; direito natural; direito positivo; pós-positivismo.

Positive Law X Natural Law: A Reinvigorated Dichotomy?

Abstract: This study seeks to approach the question of natural law and positive law. The perspective adopted part from the philosophy of law. It seeks to understand how the dichotomy has been formed and how it was faced by legal thinking. An analysis of modern theoretical currents of Law is made. The criticisms brought by science of law to the philosophy of justice are pondered. It examines whether the topic is exhausted or if it has just turned into new problems.

Keywords: philosophy of law; natural law; positive law; postpositivism

INTRODUÇÃO

Cabe-nos, neste artigo, repassar algumas considerações acerca dessa ancestral dicotomia que permeia o universo jurídico. Aprofundando-nos na questão, devemos observar se existe mesmo o dito renascimento do jusnaturalismo. Como ponto de partida obrigatório, faremos uma síntese rápida do pensamento jurídico ocidental para podermos analisar o direito positivo e o direito natural nesta posição antagônica.

Operar dicotomias significa amearhar pares conceituais opondo-os. Espera-se com isso construir cadeias de significantes que permitam separar uma realidade da outra. Há várias dessas operações no Direito, sistematizadas eminentemente pelo saber dogmático. Entre elas estão o direito objetivo x direito subjetivo, direito público x direito privado, para citar as mais famosas.

Faremos um corte metodológico, permitindo-nos examinar a questão segundo a perspectiva da filosofia e da teoria do direito, afastando, pois, questionamentos de ordem

sociológica, histórica, antropológica ou política. O questionamento se iniciará do ponto de vista de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, de quem tomamos a liberdade de parodiar um item de sua Introdução ao Estudo do Direito, que dá nome a este trabalho.

1. ORIGENS HISTÓRICAS DO PENSAMENTO JURÍDICO

O primeiro estágio a ser superado pelo Direito foi a separação da religião. Na antigüidade, o Direito estava embebido nos cerimoniais litúrgicos¹. Sobremaneira no judaísmo, Direito e Religião estavam entrelaçados. O Cristianismo veio depois a atenuar o caráter jurídico da religião mosaica. O Direito começou a ser encarado como autônomo somente na Grécia, com Platão (Das Leis, República) e Aristóteles (Política, Ética a Nicômaco), principalmente no que tange à idéia de justiça. Sendo, para o primeiro, a virtude suprema, aquela que serve ao próximo, habitante do mundo das idéias. Na visão do outro, é principalmente distributiva e repousa no ideal de equidade.

Em Roma, o Direito adquiriu caráter mais científico. Era freqüentemente dividido em *jus naturale*, *jus gentium* e *jus civile*. Sendo o primeiro “aquilo que a natureza ensinou a todos os animais” (*quod natura omnia animalia docuit*), nas palavras de Ulpiano. O segundo é entendido como o direito das gentes, aquele direito positivo comum a todos os povos, que todos dele se utilizam (*quasi quo jure omnes utuntur*). Por fim, o *jus civile* é o direito vigente de cada povo, suas leis. “Os juristas romanos jamais perderam de vista a vida concreta e a natureza das coisas, e souberam fazer progredir continuamente o direito segundo o conteúdo das novas exigências, mas com uma técnica formal perfeita”.²

Da Idade Média, o que mais nos interessa é a divisão da lei segundo São Tomás de Aquino. Ele a reparte em: lei eterna, lei divina, lei natural e lei humana. A primeira é a razão celestial que governa todo o universo, incognoscível ao homem e que ainda não foi objeto de revelação. A lei divina se diferencia da primeira justamente neste quesito, pois se trata da lei sagrada já posta ao conhecimento do homem, como o Decálogo. A lei natural é a inteligível a partir da observação da natureza, muito semelhante ao *jus naturale*. A lei humana seria aquela proveniente da invenção do homem. O problema fundamental que Tomás de Aquino coloca é com relação à necessidade de observância. Segundo a doutrina tomística, todas devem ser

¹ Cf. COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008.

² DEL VECCHIO, Giorgio. *História da Filosofia do Direito*. Trad. João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2006. p. 39-40.

observadas, sobretudo, em prol da manutenção da ordem (*propter vitandum scandalum vel turbationem*), exceção feita à lei humana que jamais pode se sobrepor à divina³. No mais, durante o período medieval, o Direito ficou reduzido aos comentários dos glosadores ao *Corpus Juris Civilis* romano, organizado pelo imperador bizantino Justiniano no século VI.

A Renascença foi marcada pelo retorno às origens da antiguidade clássica. O ideal mais vistoso foi o humanismo. Os renascentistas passaram a encarar o homem como centro das coisas e houve um resgate da Filosofia, principalmente a aristotélica. Outros pontos de relevo da época são o embate entre as novas teorias astronômicas (Galileu e Bruno) e a teologia cristã e a Reforma religiosa. As instituições vigentes começam a ser questionadas dando início a um processo que estouraria na Revolução francesa, alguns séculos mais tarde. Por outro lado, os Estados começam a firmar sua autoridade e o Direito passa a ser invocado para justificar sua soberania. Grandes pensadores surgem neste período, como Maquiavel e Bodin.

O crucial é apreender que, devido ao caráter ainda embrionário da ciência, não se tinha uma dimensão sistêmica do pensamento científico, estando o Direito na penumbra dos dogmas e das verdades naturais. A partir daqui, depois de um rápido exame da ciência jurídica como um todo, passaremos a analisar o Direito segundo suas duas escolas mais influentes, porquanto impraticável aos objetivos deste estudo uma análise apurada e detida de cada pensador.

2 CIÊNCIA DO DIREITO E FILOSOFIA DO DIREITO

Dizer que a ciência do Direito se ocupa do direito positivo ao passo que a filosofia do Direito se ocupa do direito natural é algo temerário. Há autores positivistas, como Kelsen⁴, por exemplo, que negam a qualidade jurídica ao direito natural. Outro problema seria delimitar o que seja o direito natural efetivamente, vez que essa concepção variou no decorrer das épocas, em que pesem os estudos de Pufendorf e Wolf⁵. Gustav Radbruch, ao comentar sobre a ciência do Direito e sobre os profissionais que a manejam, infere serem três as atividades do jurista perante a lei: interpretação, construção e sistema.⁶

³ Idem. p. 47.

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁵ WOLF, Erik. *El problema del derecho natural*. Trad. Manoel Entenza. Barcelona: Ariel, 1961.

⁶ RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Ciência do Direito*. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Contudo, diríamos que não somente a lei integra o Direito. O problema remonta às fontes do Direito. Por fontes do direito designam-se os processos ou meios que fazem nascerem as regras jurídicas, a forma como se positivam e adquirem vigência e eficácia⁷. Neste sentido, as fontes são fatores que compõem e criam o direito numa perspectiva geral. Há quem se oponha a que ao Direito possa ser dada uma teoria geral, em virtude de uma vedação epistemológica, diametralmente oposta à natureza do Direito. Deste modo, o Direito poderia ser encarado apenas sob quatro pontos de vista fundamentais: a sociologia, a história, a dogmática e filosofia jurídicas.⁸

Entretanto, sabedores de tal situação, são os próprios cientistas do Direito que dividem a ciência jurídica em dogmática jurídica, história do Direito e filosofia do Direito⁹, cada uma delas trabalhando com um aspecto do fenômeno jurídico. Como se percebe depois dessas considerações iniciais, é certo que o objeto da ciência do Direito é o próprio Direito¹⁰. Uma compreensão do fenômeno jurídico se faz necessária, eis que surge a ciência do Direito ou Jurisprudência.

Vamos agora retomar a distinção entre zetética e dogmática no Direito feita por Viehweg, disseminada entre nós por Tércio Sampaio Ferraz Junior. A zetética (do grego *zetein* = perquirir, perguntar) acentua o aspecto pergunta da investigação. Preocupa-se em especular o objeto podendo ou não ter um compromisso com a aplicação do conhecimento na realidade. A dogmática (do grego *dokein* = ensinar, doutrinar) acentua o aspecto resposta da investigação, procurando oferecer pontos de partida estáveis e soluções aceitáveis a problemas conhecidos ou propostos, oriundos da realidade.¹¹

Assim, nesta colocação, percebe-se que a filosofia do Direito pertence à zetética jurídica. Podemos dizer ainda que seja zetética analítica, porquanto racional-dedutiva em seu aspecto puro, uma vez que não possui, à primeira vista, um compromisso formal de ser aplicada na realidade de forma imediata. A ciência do Direito, doutra feita, pertence aos domínios da dogmática jurídica, direcionada à resolução de situações-problema, procurando oferecer respostas com um mínimo de perturbação e um máximo de segurança e aceitação.

p. 216.

⁷ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 140.

⁸ MACHADO NETO, Antonio Luis. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 76.

⁹ ROUSSEL apud LESSA, Pedro. *Estudos de Filosofia do Direito*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 53.

¹⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A Filosofia do Direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 38.

¹¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Técnica, decisão, dominação. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 16-28.

3 DIREITO NATURAL

Definir o que seja o direito natural é uma tarefa que seria impossível num estudo como o nosso. Mesmo assim, tomando emprestadas as formulações de Erik Wolf, podemos dizer que o direito natural foi definido na tradição como a quinta essência da existência jurídica completa, a origem histórica do direito, uma ordem anterior ao Estado e à civilização, idêntico às leis naturais, sendo a doutrina filosófica do direito absoluto e a doutrina teológica do direito relativo, uma ordem imanente da prática vital, a vivência do irracional e do emocional e o princípio da reforma das leis.¹²

A escola do justo natural deve ser encarada mais do ponto de vista de uma corrente de pensamento do que como uma escola propriamente dita. Vários juristas filósofos de variadas épocas se alinham segundo este pensamento, como Thomasius e Pufendorf, cujas linhas e matizes principais procuraremos indicar brevemente. Nos dizeres de Paulo Nader:

O raciocínio que nos conduz à idéia do Direito Natural parte do pressuposto de que todo ser é dotado de uma natureza e de um fim. A natureza, ou seja, a propriedade que compõe o ser define o fim a que este tende a realizar. Para que as potências ativas do homem se transformem em ato e com isso ele se desenvolva, com inteligência o seu papel na ordem geral das coisas, é indispensável que a sociedade se organize com mecanismos de proteção à natureza humana. Esta se revela, assim, como o grande condicionante do Direito Positivo. O adjetivo 'natural', empregado à palavra direito, indica que a ordem de princípios não é criada pelo homem e que expressa algo espontâneo, revelado pela própria natureza.¹³

Segundo o direito natural, existe um direito anterior ao feito pelo homem; não necessariamente coincidente com o realizado nos acordos, contratos ou leis. É encarado ora de forma teológica ora sobre lentes racionalistas. No jusnaturalismo impera o pressuposto de que há uma verdadeira identidade entre direito e justiça. Deve-se ao jusnaturalismo e aos brocardos latinos, as primeiras versões acerca dos princípios jurídicos, como idéias decorrentes da própria natureza do homem, do bom senso e da prática social.

A ordem jurídica na visão do direito natural tem uma relação íntima com a moral. Legaz y Lacambra afirma que aquilo que em Direito se exige e se faz deve estar justificado e apenas se justifica quando se ordena ao bem.¹⁴ Sobre direito e religião, Leclercq dirá que,

¹² WOLF, Erik. *El problema del derecho natural*. Trad. Manoel Entenza. Barcelona: Ariel, 1961.

¹³ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 367.

¹⁴ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1953.

mesmo que se diferenciem, ele não se separa totalmente dela, em razão de uma idéia de subordinação e dependência de princípios superiores. Dessa forma, a noção de direito natural se inserirá na síntese do pensamento escolástico da Idade Média, tendo lugar cativo nas indagações morais no capítulo referente à Justiça. E é a diversidade entre os indivíduos que requer a aplicação do direito natural, como fundamento da ordem social.¹⁵

Quanto à identificação do direito natural com a moral, podemos dizer que qualquer princípio ético se abre em duas ordens de valoração, sendo considerada relativamente ao sujeito, estabelecendo uma ordem de necessidade positiva ou negativa, chamada dever moral.¹⁶ A palavra moral vem do latim *mores* que significa costume. Ela compreende o conjunto de normas aceitas como boas por determinado grupo humano num espaço e num tempo. Divide-se, segundo Hegel, em moralidade objetiva e subjetiva; a objetiva cuida do sistema racional de determinações da Idéia que está relacionada à subjetiva que opera na vontade, podemos dizer que a primeira é o campo do direito e a segunda do dever.¹⁷

Coing, mesmo sem se desvencilhar completamente do pensamento jusnaturalista, aponta algumas críticas que se pode fazer a ele, dizendo que o Direito é uma ordem obrigatória nas relações sociais que se dão num grupo humano, mas é uma ordem que não resulta das coisas, não é idêntica à ordem que se encontra na natureza inerte, como sistema de elementos e estruturas cristalinas nem à ordem espiritual do mundo dos valores. Está baseado em decisões voluntárias e prescrições e arremata: “o Direito é uma ordem coativa cuja constituição descansa, em última análise, em sua concordância com normas éticas” (tradução livre).¹⁸

A crítica que se dirige ao direito natural é sua excessiva generalidade e impraticabilidade. Também, em razão de uma tentativa de universalização do fenômeno jurídico, diz-se que o direito natural maquia a grande diversidade cultural humana e que comete o erro de ignorar a historicidade do Direito e da cultura. Essa é uma crítica do historicismo jurídico às idéias jusnaturalísticas da imutabilidade e universalidade do

¹⁵ LECLERCQ, Jacques. *Leçons de droit naturel – Le fondement du droit et de la société*. 3. ed. Louvain: Societé d'études Morales sociales et juridiques, 1974. V. 1. p. 15-17.

¹⁶ DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Antonio José Brandão. 2. ed. Coimbra: Antonio Amado, 1952. p. 246.

¹⁷ HEGEL, G. W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 142.

¹⁸ COING, Helmut. *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Trad. Juan Manuel Marin. Barcelona: Ariel, 1976. p. 32-33.

fenômeno jurídico, que tem suas raízes no idealismo de Hegel.¹⁹ O maior expoente do pensamento historicista no meio jurídico foi Friedrich Karl Von Savigny. Segundo ele, o direito se formula a partir da experiência daquilo que foi e sempre será.²⁰

Como que retomando o pensamento mutacional de Heráclito, Savigny nega que possam haver verdades jurídicas universais eternas. A escola histórica considera o direito como produto da evolução temporal em constante transformação, sendo o fundamento do direito as tradições jurídicas de cada povo. Assim, os fundamentos do direito, imerso nos domínios históricos, contrastam com as pretensões universalistas, devendo este ser integrado ao contexto social e reconhecido com instável e dinâmico.²¹ Tais apontamentos foram depois retomados pelo culturalismo e realismo jurídicos.

4 DIREITO POSITIVO

O direito positivo é aquele posto por ato vontade. Se no passado era definido de forma negativa, como sendo o direito não natural (artificial, portanto), passou depois a ser definido como o direito posto, passando o direito natural a ser definido como direito pressuposto. Interessa-nos antes, também analisar a corrente de pensamento do positivismo jurídico, que considera, em linhas gerais, como direito apenas o direito legislado, produzido por ato de vontade e institucionalizado.

O positivismo jurídico é uma projeção do positivismo filosófico de Augusto Comte no âmbito jurídico. Na forma de seu Curso de Filosofia Positiva, Comte exclui toda a metafísica da apreciação científica e estabelece o padrão do método científico como partindo da observação, passando pela formulação da hipótese e sua verificação na experimentação. Nas considerações de Paulo Nader:

O positivismo jurídico [...] rejeita todos os elementos de abstração na área do Direito, a começar pela idéia de Direito Natural, por julgá-la metafísica e anticientífica [...] despreza os juízos de valor, para se apegar apenas aos fenômenos observáveis. Para essa corrente de pensamento o objeto da Ciência do Direito tem por missão estudar as normas que compõem a ordem jurídica vigente. Nessa tarefa,

¹⁹ Para Hegel, o mundo só é cognoscível através da análise das épocas históricas que o compõem, dentro de uma idéia dinâmica e constante de devir. Este processo se dá de maneira dialética, por meio do conflito de idéias-chaves resultando em sínteses, que passam a ser teses com o tempo e que darão origem a novas sínteses, sucessivamente. Cf. GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 386.

²⁰ BASTOS, Aurélio Wander. *Introdução à Teoria do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000. p. 24.

²¹ AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da Ciência do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 138.

o investigador deverá utilizar apenas os juízos de constatação e de realidade, não considerando os juízos de valor. Em relação à justiça, a atitude positivista é a de um ceticismo absoluto. Por considerá-la um ideal irracional, acessível apenas por vias da emoção, o positivismo se omite em relação aos valores.²²

Dentro do positivismo jurídico só existe uma ordem jurídica, a que é criada pelo Estado. Da corrente positivista fizeram parte a escola exegética francesa, a pandectista alemã e a analítica de jurisprudência inglesa.

O pensamento exegético teve início na França do século XVIII encorajado especialmente com a edição do Código Civil Napoleônico em 1804, tendo entre seus principais defensores Aubry, Laurent, Bugnet e Thibault. Os exegéticos acreditavam que era possível resolver toda e qualquer situação do mundo real a partir do que dispunha a lei. Havia um ideal de que a lei conseguiria prescrever todas as hipóteses de situações e relações jurídicas. Tais premissas levaram os exegéticos a um verdadeiro culto aos códigos.

A pandectista²³ acolheu algumas considerações do historicismo e teve como principal diretriz a elaboração de uma teoria geral do direito positivo. O substrato fundamental desta escola é o resgate do direito romano e sua adaptação aos costumes germânicos. Entre os pandectistas destacam-se Merkel, Bierling, Bergbohm além do grande Rudolf Von Ihering, cuja teoria sobre a posse ainda é adotada no sistema civil brasileiro. A origem da jurisprudência dos conceitos se encontra nesta escola.

A escola analítica de jurisprudência foi beber no empirismo inglês de Locke e Hume e procurou reduzir o direito aos costumes, aos precedentes judiciais e à lei. Caracteriza-se pela formulação de conceitos fundamentais e pelo desprezo aos juízos de valor, assim como suas irmãs já mencionadas. Teve seu principal nome na figura de John Austin.

De maneira geral, “no positivismo jurídico podem ser enquadradas todas as teorias que consideram ser o direito expressão da vontade do legislador, definindo-o como comando e reduzindo-o ao direito do Estado”²⁴. No Brasil, refletiram essa tendência, sobretudo, Pedro Lessa e Francisco Campos.

Se no historicismo os direitos naturais são postos em dúvida, no positivismo são abnegados com todas as forças. Na refutação da cientificidade dos juízos de valor, o direito natural, por não possuir caráter positivo (posto), acaba sendo esquecido. Somente a lei passa a

²² NADER, Paulo. op. cit. p. 376.

²³ Referente à *pandecta* ou *Digesto*, compilação legislativa do direito romano.

²⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 391.

ser tida como manifestação real do direito e somente a análise da lei passa a ser considerada com expressão científica de seu estudo.

O positivismo jurídico se consolidou efetivamente com a obra de Kelsen. Ele afirma serem as normas jurídicas o objeto central do estudo do Direito. Depois da edição da principal obra de Hans Kelsen, a *Teoria pura do Direito*, podemos afirmar que o Direito pôde se estabelecer definitivamente enquanto ciência. A principal contribuição de Kelsen foi demonstrar a possibilidade de o fenômeno jurídico ser analisado de forma independente, através de uma delimitação metodológica e epistemológica do objeto de estudo do Direito. Assim, permitiu ao direito ser estudado sem a interferência de vieses sociológicos, históricos ou políticos.

Ele esclarece que uma norma só pode ser considerada como tal quando prevê uma sanção a quem a descumpre, uma vez que o objeto de qualquer norma é a conduta humana. Portanto, a norma ou autoriza ou obriga ou proíbe. Estando em vigência, a norma é válida ou não é, ao contrário do juízo de valor, que pode ser verdadeiro ou falso. A norma válida deve ser aplicada e a eficácia de uma norma não lhe aumenta ou diminui a validade.²⁵

A crítica que se dirige geralmente ao positivismo jurídico é abalizada no fato de esta corrente enxergar apenas a face do direito sem grande preocupação com seu conteúdo. O ceticismo positivista reduz o homem a um fenômeno físico-causal e conduz a regimes totalitários. Além disso, a doutrina positivista não satisfaz os anseios sociais pela Justiça nem garante que a lei seja usada sempre em prol da sociedade.

Ainda sobre o positivismo jurídico, Bobbio coloca que, apesar da pretensão do pensamento positivista de ser científico, ele não escapou das emoções ideológicas. Pode-se mencionar como exemplo o culto ao Estado dos positivistas alemães e a adoração à lei dos exegetas franceses. Isso permitiu que a doutrina juspositivista viesse a ser criticada em duas frentes: pelo realismo jurídico, que vê no positivismo uma teoria equivocada da realidade efetiva do direito e o jusnaturalismo renascido ou revigorado, o qual imputa ao positivismo a culpa pelo advento e fortalecimento dos regimes autoritários. Bobbio comenta também ser natural que uma crítica dessa natureza tenha tido um impacto maior na opinião pública do que a crítica técnico-formal do realismo jurídico.²⁶

²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 4-21.

²⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 223-225.

Entretanto, está empalidecida essa distinção no âmago da ciência do Direito. Depois da teoria dos direitos humanos fundamentais²⁷, perdeu importância saber se existem direitos anteriores ao direito positivado, já que as declarações universais se encarregaram de operar essa transição do direito natural ao positivo. Esse processo é bem explicado por Paulo Bonavides:

É na idade do pós-positivismo que tanto a Doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios. [...] A construção doutrinária da normatividade dos princípios provém, em grande parte, do empenho da Filosofia e da Teoria Geral do Direito em buscarem um campo neutro onde se possa superar a antinomia clássica Direito Natural/Direito Positivo. [...] Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.²⁸

Além disso, Tercio Sampaio Ferraz Junior nos relata que a “dicotomia, como instrumento operacional, isto é, como técnica para a descrição e classificação de situações jurídicas normativamente decidíveis, perdeu força”.²⁹

5 RENASCE A DICOTOMIA

Dizemos estar revigorada a dicotomia não no sentido de sistematização dogmática como quer Tercio Sampaio, mas no sentido de estar no centro dos debates contemporâneos dos direitos humanos³⁰, do direito constitucional³¹ e dos direitos coletivos³². O direito

²⁷ Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 265, 276 e 294.

²⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *op. cit.* p. 140.

³⁰ Para uma visão geral dos direitos humanos, ver BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

natural vem disfarçado no pós-positivismo sob o nome de princípios. Esses princípios são normas que não apenas colmatam lacunas no ordenamento jurídico, mas servem de base a decisões inteiras. Eles têm predominância sobre as demais normas, chamadas de regras, e quando conflitam entre si, precisam de sopesamento de valores e de artimanhas como a razoabilidade e a proporcionalidade.

Passemos a expor as considerações de Ronald Dworkin.³³ Segundo ele, as regras (*rules*) seguem o jogo do *all or nothing*, sendo os conflitos existentes entre elas meras antinomias aparentes, uma vez que uma delas será eliminada do sistema mediante aplicação de critérios lógico-formais e métodos hermenêuticos. Os princípios são mais vagos e possuem alto grau de indeterminação, sendo os conflitos existentes entre eles os chamados *hard cases*. Os princípios não se relacionam numa relação hierárquica, pois provêm da mesma fonte (Constituição). Veja-se que, se não há um retorno ao direito natural, há ao menos uma naturalização do direito positivo.

Conforme o seu pensamento, a distinção entre regras e princípios não se dá no plano lógico ou qualitativo, uma vez que ambos fornecem critérios para a solução de casos concretos nas decisões judiciais. As regras seguem a lógica disjuntiva, ou são válidas e se aplicam ou não são e não se aplicam. A análise é feita conforme o enunciado da regras abarca ou não o contexto dos fatos. No caso dos princípios não, Dworkin admite que os princípios possam ser apreciados segundo sua importância, inclusive pelo julgador. Outra consideração apontada por ele é no tocante à possibilidade de regras se assemelharem a princípios quando trazem em seus enunciados e dispositivos conceitos indeterminados.³⁴

Em certo contraste com a tese de Dworkin, caminhou a teoria de Robert Alexy.³⁵ A primeira objeção que Alexy levanta é que a concepção de Dworkin não permite averiguar como se dá o conflito entre princípios e como ele se resolve. Ele admite que o conflito de regras gera uma mútua exclusão e o entre princípios é permeado por dimensões valorativas.

³¹ Sobre as transformações recentes do direito constitucional (constitucionalização dos direitos, positivação de valores etc.), ver: HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

³² Acerca dos debates em torno dos direitos coletivos, ver MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007 e CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

³³ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

³⁵ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

Alexy estatui três fases de análise em sua teoria principiológica: a tese da otimização; a lei da colisão; e a lei da ponderação.

Neste viés, são os princípios mandados de otimização, que devem ser cumpridos de forma a realizar o máximo que as possibilidades fáticas e jurídicas permitam. Portanto, no que se refere à tese da otimização, as teses de Alexy e Dworkin se complementam, já que ambos admitem que uma norma ou é um princípio ou é uma regra. A grande diferença se dá no plano da lei de colisões. Para Alexy, a colisão de regras jurídicas com dispositivos antagônicos se resolve por simples aplicação de ferramentas hermenêuticas. O conflito de princípios se decide com um dando lugar ao outro sem que perca sua incidência ou validade, mas meramente segundo a conveniência do caso concreto. Isso já nos conduz à última tese de Alexy quanto à ponderação, a qual reflete uma conexão entre a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade.

Antes de finalizar, convém fazer menção aos estudos do professor Humberto Ávila que, no cenário nacional, representa uma tentativa de síntese entre as teorias normativas dos princípios. Em suas palavras, eles seriam

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção.³⁶

Consideremos que, no atual contexto e estágio metodológico do Direito, o fato de o princípio assumir a condição de norma representa inquestionável mudança do ponto de vista teórico. Antes, os princípios gozavam apenas de juridicidade, assim como os costumes, com o pós-positivismo, ganham a normatividade, passando a serem considerados na ciência do Direito com status diverso, acarretando conseqüências tanto práticas quanto teóricas. Os estudos a respeito dos valores, das regras e dos princípios são muito caros ao Direito, assim como também o são à Moral e à Ética. Não por outra razão, o professor Fábio Konder Comparato situa o Direito como parte integrante da Ética.³⁷

Os princípios jurídicos no pós-positivismo tendem a assumir a lacuna deixada pelo direito natural, como forma lógico-racional de entender o Direito. Detalhe, se antes o direito

³⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 78-79.

³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. O direito como parte da ética. In: ALVES, Alaôr Caffé et al. *O que é a filosofia do Direito?* São Paulo: Manole, 2003. p. 3-10.

natural era identificado com os fenômenos da natureza causal, originária de Deus ou percebido através da racionalidade humana, agora o direito natural se identifica com um direito supra-positivo de matriz histórico-cultural traduzida no tão proclamado valor da dignidade da pessoa humana.

A universalidade do direito natural se transforma com a globalização dos direitos humanos, a universalidade, que antes era pressuposta e decorrente da natureza passa a ser posta e exigida pela comunidade internacional. A imutabilidade do direito natural dá lugar à indisponibilidade dos direitos humanos. A causalidade deixa de ser natural e passa a ser artificial na medida em que os direitos humanos se tornam hegemônicos na civilização ocidental.

CONCLUSÃO

Cumprido concluir que a visão por nós exposta é apenas uma constatação de algumas tendências do pensamento jurídico contemporâneo. É possível depreender outras análises visto que o campo é vasto. Todavia, parece-nos nítido que a expressão direito natural assumiu uma pecha de mística ou metafísica nos transcorrer dos séculos. A todo custo parecem os estudiosos positivistas terem se esforçado para remover o caráter transcendental do Direito.

Assim, se removida a carga valorativa do Direito, ele não se sustentaria por si só nos moldes da ciência moderna, carecendo de legitimidade. A democracia não tolera a existência do jurídico independente do político, razão pela qual o constitucionalismo atual tem se afigurado como solução propícia. Dessa forma, tivemos o citado fenômeno da positivação do direito natural, sob o nome de constitucionalização dos direitos humanos.

Com a teoria da constituição passa a ser possível a junção do elemento jurídico com o elemento político sem que isso configure um impedimento epistemológico ou pareça um devaneio metafísico. Os direitos humanos ou fundamentais assumem o papel de alicerce dos modernos regimes políticos. No entanto, ao invés de se procurar na natureza, na racionalidade humana ou na religião o fundamento de tais direitos, busca-se na ética, na cultura e na própria sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Metodologia da Ciência do Direito**. São Paulo: Max

Limonad, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BASTOS, Aurélio Wander. **Introdução à Teoria do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

COING, Helmut. **Fundamentos de Filosofía del Derecho**. Trad. Juan Manuel Marin. Barcelona: Ariel, 1976.

COMPARATO, Fábio Konder. O direito como parte da ética. In: ALVES, Alaôr Caffé et al. **O que é a filosofia do Direito?** São Paulo: Manole, 2003.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008.

DEL VECCHIO, Giorgio. **História da Filosofia do Direito**. Trad. João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2006.

_____. **Lições de Filosofia do Direito**. Trad. Antonio José Brandão. 2. ed. Coimbra: Antonio Amado, 1952.

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

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. Técnica, decisão, dominação. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A Filosofia do Direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição**. São Paulo: Atlas, 2001.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

REVISTA ELETRÔNICA DA
FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

www.revista.direitofranca.br
v. 6, n.1, dez/2012, ISSN: 1983-4225

HEGEL, G. W. F. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LECLERCQ, Jacques. **Leçons de droit naturel** – Le fondement du droit et de la société. 3. ed. Louvain: Société d'études Morales sociales et juridiques, 1974. V. 1.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. **Filosofía del Derecho**. Barcelona: Bosch, 1953.

LESSA, Pedro. **Estudos de Filosofia do Direito**. Campinas: Bookseller, 2000.

MACHADO NETO, Antonio Luis. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1976.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

WOLF, Erik. **El problema del derecho natural**. Trad. Manoel Entenza. Barcelona: Ariel, 1961.