

UNIVERSIDADE ESTADUAL VALE DO ACARAÚ

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
DO ESTADO DO CEARÁ**

Curso de Especialização em Administração Judiciária

Francisco Hudson Pereira Rodrigues

Direito Natural x Direito Positivo

Fortaleza - 2007

Francisco Hudson Pereira Rodrigues

Direito Natural x Direito Positivo

Monografia submetida à Universidade Estadual Vale do Acaraú como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Administração Judiciária.

Orientador: Professor MS. Pedro Carvalho de Oliveira Neto

Fortaleza - 2007

Francisco Hudson Pereira Rodrigues

Direito Natural x Direito Positivo

Monografia apresentada à Universidade Estadual Vale do Acaraú como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Administração Judiciária.

Monografia aprovada em: 06/12/2007

Orientador: _____

Prof. MS. Pedro Carvalho de Oliveira Neto ()

1º Examinador: _____

Prof. MS. ()

2º Examinador: _____

Prof. MS. ()

Coordenador do Curso:

Prof. MS. Pedro Carvalho de Oliveira Neto

Fortaleza - 2007

RESUMO

Esta monografia tem por objetivo desenvolver uma análise comparativa entre as duas correntes jusfilosóficas distintas do Direito: o jusnaturalismo, com fundamento no Direito Natural, emanado da consciência humana; e o Positivismo Jurídico, com base no Direito Positivo, proveniente do Estado. No início, são analisados os seus pressupostos históricos e fundamentos, seguido pela diferença sintética entre as doutrinas das Escolas Jusnaturalistas e Juspositivistas, e no fim, a Teoria Crítica do Direito frente à Dogmática Jurídica Clássica, o Direito Pós-positivo e a permanência do Direito Natural. A polêmica sobre a dicotomia: Direito Natural e Direito Positivo, é uma constante histórica no âmbito da Filosofia do Direito: desde a teoria clássica dos gregos sobre a imutabilidade da natureza, até as contemporâneas percepções do Direito Pós-positivo. Então, o estudo comparativo sobre o Direito Natural e o Direito Positivo contribui para uma compreensão, de cunho axiológico, do Direito no século XXI: instrumento de justificação da ordem política e jurídica em vigor.

Palavras-chaves: Direito Natural. Direito Positivo. Teoria Crítica do Direito. Dogmática Jurídica Clássica. Direito Pós-positivo.

RÉSUMÉ

Il s'agit d'une dissertation qui a pour objectif une analyse comparative des deux courants philosophiques du Droit: le jusnaturalisme, fondé sur la notion de droit naturel, tel qu'émané de la conscience humaine; et le positivisme juridique, basé sur le droit positif, tel que provenant de l'État. D'abord, il sera question d'analyser leurs présupposés historiques et leurs fondements. Ensuite, on fera une brève différentiation des doctrines liées aux écoles jusnaturalistes et positives. Finalement, on traitera de la Théorie critique du droit face à la dogmatique juridique classique, au droit post-positif et au maintien du droit naturel. La contribution proposée tourne autour de la polémique sur la dichotomie « droit naturel - droit positif », qui est une constante historique dans les enjeux de la philosophie du droit. Elle passe par la théorie classique des Grecs sur l'immutabilité de la nature jusqu'aux récentes perceptions du droit post-positif. Ainsi, l'étude comparative faite sur le droit naturel et le droit positif contribue à une compréhension, de type axiologique, du droit au XXIème Siècle, car il s'agit d'un instrument de justification de l'ordre politique et juridique en vigueur.

Mots-clés: Droit naturel. Droit positif. Théorie critique du droit. Dogmatique juridique classique. Droit post-positif.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS E FUNDAMENTOS	10
2.1 Evolução histórica do Direito Natural e seus fundamentos	12
2.1.1 Jusnaturalismo Grego	13
2.1.2 Jusnaturalismo na Escola Teológica ou Medieval	15
2.1.3 Jusnaturalismo na Escola do Direito Natural Racional	18
2.2 Evolução histórica do Direito Positivo e seus fundamentos	24
2.2.1 Positivismo Jurídico na Escola Centrada na Legislação	26
2.2.2 Positivismo Jurídico na Escola Centrada na Aplicação do Direito	32
2.3 Diferença sintética entre as doutrinas Jusnaturalistas e Juspositivistas	34
3 TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E DOGMÁTICA JURÍDICA CLÁSSICA, DIREITO PÓS-POSITIVO, PERMANÊNCIA DO DIREITO NATURAL	36
3.1 Teoria Crítica do Direito e Dogmática Jurídica Tradicional	36
3.2 Direito Pós-positivo	41
3.3 A Permanência do Direito Natural	44
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

1 INTRODUÇÃO

O mundo do Direito, nas últimas décadas, vem passando por um processo de enfraquecimento contínuo, precisando, urgentemente, de uma remodelagem, pois a superação histórica do Direito Natural (Jusnaturalismo) e o fracasso político do Direito Positivo (Positivismo Jurídico) desencadearam uma grande e inacabada demanda de reflexões sobre o Direito, sua função social e sua interpretação.

Um dos motivos do enfraquecimento verificado na dicotomia jurídica clássica, localiza-se no fenômeno verificado através da incorporação dos *direitos naturais*, de forma generalizada, aos ordenamentos positivos, por meio da consolidação dos ideais constitucionais; afinal, o estabelecimento do Direito Natural como leis contidas na Constituição, de alguma maneira o tornou “positivado”.

Um segundo motivo consubstancia-se nos movimentos políticos e militares, que, legitimados pelos dogmas positivistas, ascenderam ao poder (Nazismo na Alemanha e Fascismo na Itália) e promoveram uma série de barbáries em nome da lei; e quando ao final da II Guerra Mundial, no histórico julgamento de Nuremberg, os responsáveis de tais crimes foram processados, invocaram o estrito cumprimento da lei como forma de se eximirem das punições. Constatou-se assim, que era imprescindível repensar a maneira de se ver o Direito, para que se pudesse resguardar a dignidade do ser humano de possíveis absurdos praticados em nome de uma lei fria, meramente formal e indiferente a valores éticos. Desse modo, a supremacia do Direito Positivo ruiu.

O Direito, por apresentar inúmeras concepções conceituais, persegue, desde os primórdios da civilização até hoje, uma forma abstrata, um ideal de perfeição, apresentando esta busca variações no tempo/espaço de sua história. Durante sua evolução, o Direito regido por um conjunto de normas escritas percorreu um longo caminho, o qual foi bastante marcado pela dicotomia Direito Natural x Direito Positivo.

Historicamente o Direito, até o final do século XVIII, apresentava uma forma bipartida de fundamentação de sua natureza, representada por dois modelos doutrinários, e,

hodiernamente, busca-se estabelecer, com muitas dificuldades, um novo paradigma. O primeiro desses modelos é o Jusnaturalismo, que obedece à ordem justa, ao ideal de justiça, tendo como ensinamento básico o reconhecimento de um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma escrita oriunda do Estado, mais sim, de uma lei ditada pela vontade divina ou pela razão; e o segundo constitui a corrente do Positivismo Jurídico, enraizado na lei escrita, obedecendo à ordem estabelecida, fundado na supremacia da norma posta. Para o primeiro, justos são os princípios que antecedem e se sobrepõem às leis positivas e nenhum legislador pode estabelecer normas que os violem; para o segundo, justo é o que a lei concreta emanada do Estado, que é plena, determina, o que a norma impõe.

Tradicionalmente as doutrinas “Jusnaturalismo” e “Positivismo Jurídico” sempre foram concebidas como opostas, ou seja, ou estão certos os argumentos da escola positivista, ou estão corretas as concepções jusnaturalistas. Apesar desta visão ortodoxa, que as considera teorias inconciliáveis, verdadeiras aporias, alguns doutrinadores conseguem nelas enxergar, pelo menos, alguns pontos de contato ou complementação; isto na medida em que alguns princípios, não positivados e mais próximos da natureza, tornam-se necessários para o exercício da função jurisdicional. E é com base no acatamento desses princípios que o Direito Natural pretende constituir um critério de avaliação do Direito Positivo, arrimando-se na idéia do justo.

Reacender a vetusta discussão, motivada pela metamorfose ocorrida na sociedade, sobre a perspectiva de conflitos entre Direito Natural e Positivo, traduz uma necessária retomada de consciência a partir das condições de possibilidade de uma reflexão crítica e hermenêutica, embasada na dupla dimensão que perfaz a compreensão do Direito moderno.

O Jusnaturalismo, atuante nas decisões judiciais, desempenha uma função mais que orientadora, na verdade ordenadora, mormente no que concerne à equidade, onde são verificadas diferentes formas de resistência aos direitos humanos. E o Direito Positivo estabelece ações que, enquanto não reguladas, são cumpridas indiferentemente de uma maneira ou outra, porém, depois de normatizadas, passam a ter uma característica cogente, determinando que devam ser cumpridas exatamente como preceituadas na lei.

Na visão jusnaturalista, o Direito Positivo é considerado como insuficiente para solucionar as questões postas à função jurisdicional, pois seu legítimo exercício pressupõe a utilização de inspirações principiológicas. Ele carece de complementos axiológicos (abstratos ou metafísicos) que não lhe são intrínsecos, mas de relevante importância para garantir a segurança jurídica numa sociedade. Porém, embora os juspositivistas rechacem os fundamentos vagos oriundos de uma razão subjetiva metafísica, na realidade o Direito Positivo usufrui, cada vez mais, de valores que extrapolam o conjunto das normas positivadas, pois têm origem no Direito Natural. Se é importante o texto legal, também é fundamental a utilização de valores não escritos decorrentes do *Jusnaturalis*, como medida de sua valoração. Outro aspecto relevante levantado pela Filosofia do Direito considera que, o sistema do Direito Positivo por si só não é suficiente, pois pressupõe ainda legitimidade, e, entre esta legitimidade, encontra-se o Direito Natural.

A doutrina juspositivista leva o Direito ao extremo, por considerá-lo uma norma jurídica auto-suficiente, plena em si mesma, independente e desprovida de valores éticos, inclusive daqueles ditados pelo Direito Natural; isto gera uma série de dificuldades para a doutrina, principalmente no tocante à limitação imposta à ação do hermenêuta, por ela concebida apenas como um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma (a norma é a premissa maior, o fato é a premissa menor e a sentença é a conclusão).

É muito questionável a idéia de que o Positivismo Jurídico resolveria tudo no tocante à gênese de um sistema normativo, pois, sabe-se atualmente, mediante uma postura crítica do direito, que os seus dogmas não satisfazem mais completamente às necessidades da sociedade moderna, que está em constante transformação. Mas, não há necessariamente que se consagrar o Direito Natural como o único suporte válido para o sistema jurídico, porque os processos políticos, sociais e psíquicos movem-se por caminhos muitas vezes ocultos e imperceptíveis racionalmente (como a ideologia de Marx e o inconsciente de Freud), que são marcantes na construção e desenvolvimento da sociedade. Sob este prisma, essas doutrinas nas quais sempre se alicerçaram os principais debates sobre a natureza do próprio Direito são, por decorrência lógica, objetos de novas e inflamadas discussões.

Em síntese, a ideologia Jusnaturalista preceitua que além do Direito Positivo existe um Direito Natural, compreendido como um conjunto de princípios (de inspiração divina ou racional) válidos para todos os tempos e lugares; e que o Direito Positivo só é tal se

comunga, pelo menos em seus princípios fundamentais, com o *Jusnaturalis*, ou seja, se é justo. Já o Positivismo Jurídico afirma que só é Direito aquele positivado, entendido como ordenamento jurídico vigente enquanto fenômeno social historicamente verificável, e, conseqüentemente, a qualificação de algo como Direito prescinde de sua possível justiça ou injustiça.

A teoria do Juspositivismo, ao discordar frontalmente do Jusnaturalismo, separando o Direito da valoração moral, ou seja, afastando de seu conteúdo o ideário de justiça, reconhece somente como válido e justo o Direito Positivo vigente em cada sociedade, tornando-o uma supernorma, que é a expressão superior da razão, tendo no Estado a única fonte do poder e do Direito, enfim, considerando o sistema jurídico completo e auto-suficiente. Tal posicionamento transforma o aplicador da lei num artífice frio e tecnicista, repetidor de um comportamento insensível (*dura lex, sed lex*) e muitas vezes prepotente. Em contrapartida, o Jusnaturalismo defende que o Direito Positivo é apenas objeto de uma valoração, inspirada num sistema superior de princípios ou preceitos fundamentais que tem como fonte a própria natureza e cuja compreensão é alcançada pela conjugação da experiência e da razão humanas, correspondente a uma justiça maior, anterior e superior ao Estado e que emana da própria ordem equilibrada da natureza ou de Deus.

Diante do exposto, o objetivo desta monografia é fazer uma análise comparativa entre o Direito Natural (Jusnaturalismo) e o Direito Positivo (Positivismo Jurídico), de modo que sejam destacados os seus conceitos, fundamentos e doutrinadores, para que se possa perceber qual a real importância da doutrina jusnaturalista como fator influenciador e elemento de avaliação, de conformidade ou desacordo com a própria Justiça, do ordenamento posto, ou seja, do Direito Positivo.

Esta monografia segue uma metodologia caracterizada por um estudo descritivo analítico desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica e documental; sendo, segundo a utilização dos resultados, uma pesquisa pura porque tem por finalidade aumentar o conhecimento para uma nova tomada de posição; e, segundo a abordagem, qualitativa por ser subjetiva e não ter um critério numérico. E quanto aos objetivos, é descritiva e exploratória.

Enfim, esta monografia apresenta uma estrutura em 4 capítulos:

O Capítulo de Introdução contextualiza o tema objeto de estudo, determina a problemática a ser desenvolvida, argumenta sobre a relevância e a importância do assunto, assim como explicita os objetivos a serem alcançados, a metodologia aplicada e delimita sua estrutura.

No Capítulo 2 são abordados os pressupostos históricos e os fundamentos, tanto do Direito Natural quanto do Direito Positivo.

O Capítulo 3 são apresentadas as origens e as principais características da Teoria Crítica do Direito frente à Dogmática Jurídica Clássica, além de apresentar o Direito Pós-positivo e a permanência do Jusnaturalismo.

O último Capítulo apresenta as considerações finais do estudo sobre os objetivos propostos para o trabalho, seguido pelas referências usadas na sua elaboração.

2 PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS E FUNDAMENTOS

Segundo Sabadell (2002), no desenvolvimento da história do Direito, apareceram diversas escolas jurídicas como produto resultante de épocas e culturas jurídicas específicas. Tal fato não implica que para cada época vivida corresponda uma determinada escola jurídica; ao invés, quando se detêm na análise de um particular período histórico, confrontar-se-á, muitas vezes, com a existência paralela de teorias que abordam o Direito sob tendências variadas, inclusive como antinômicas.

Para a autora, além das aporias verificadas, é preciso se considerar os pontos de continuidade nas doutrinas, ou seja, normalmente as idéias de uma escola jurídica tinham seqüência em seu desenvolvimento através de uma nova abordagem, sob outro prisma, gerando, assim, uma nova escola.

Por “escola jurídica” entende-se um grupo de autores que compartilhem determinada visão sobre a função do direito, sobre os critérios de validade e as regras de interpretação das normas jurídicas e, finalmente, sobre os conteúdos que o direito deveria ter. Em outras palavras, cada escola jurídica oferece uma resposta diferente a três questões: “o que é”, “como funciona” e “como deveria ser configurado” o direito. (SABADELL,2002,p.21).

Conforme Gouveia (1998), principalmente a partir de fins do século XVIII, a explicação acerca da natureza do Direito apresentava-se dividida em duas correntes (escolas) doutrinárias, a do Direito Natural e a do Direito Positivo, que não são consideradas diferentes em relação à sua qualidade ou qualificação, mas sim com relação ao seu grau, na medida em que uma corrente do Direito é considerada superior à outra (como pressuposto de fundamentação ou validação), isto é, sendo postas em planos diferentes.

Observa-se que:

[...] o direito é um mistério, o mistério do princípio e do fim da sociabilidade humana. Suas raízes estão enterradas nesta força oculta que nos move a sentir remorso quando agimos indignamente e que se apodera de nós quando vemos alguém sofrer uma injustiça. (FERRAZ JUNIOR, 2002, p. 21).

Estas duas escolas jurídicas eram representadas pelas teorias: Jusnaturalistas (Direito Natural), ou moralista segundo Sabadell (2002), e Juspositivistas (Direito Positivo).

A primeira fundamenta o Direito baseado numa autoridade específica (Deus, a natureza, a razão humana) a qual não possui um aspecto histórico e nem é um produto político. Segundo esta teoria o Direito é imutável, estável e permanente, é natural. Este Direito Natural tem validade em si mesmo, legitimado por uma ética superior estabelecendo limites à própria norma estatal. Desta forma, consoante Sabadell (2002, p. 24): “[...], o direito natural é, ao mesmo tempo, anterior à criação da sociedade e das instituições políticas e superior ao direito escrito, estabelecido por cada sociedade. [...]”.

Enfim, conforme Wolkmer (1989, p.124):

O jusnaturalismo, que reivindica a existência de uma lei natural, eterna e imutável, distinta do sistema normativo fixado por um poder institucionalizado (Direito Positivo), engloba as mais amplas manifestações do idealismo que se traduzem na crença de um preceito superior advindo da vontade divina, da ordem natural das coisas, do instinto social, ou mesmo da consciência e da razão do homem.

A segunda escola afirma que a fundamentação do Direito está em considerá-lo como um produto histórico de uma específica sociedade, resultado de uma vontade política. Ela entende que o Direito é a norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. Assim sendo, “O Direito é explicado pela sua própria materialidade coercitiva e concreta. Toda a sua validade e imputação fundamentam-se na própria existência de uma organização normativa e hierarquizada (Direito Positivo)”. (WOLKMER, 1989, p. 127).

O objetivo deste capítulo consiste em examinar, seguindo a cronologia histórica, as características mais significativas das escolas jurídicas (jusnaturalistas e positivistas), discorrendo acerca da evolução de suas concepções doutrinárias no que respeita à fundamentação do Direito.

A autora Ana Lúcia Sabadell (2002), apresenta em sua obra: *Manual de Sociologia Jurídica – introdução para uma leitura externa do Direito*, uma abordagem, ao mesmo tempo, abrangente e objetiva sobre a evolução do pensamento doutrinário das escolas Jusnaturalistas e Juspositivistas, utilizando uma sistemática didática bem interessante, por isso adotada como paradigma no desenvolvimento deste capítulo.

2.1 Evolução Histórica do Direito Natural e seus Fundamentos

Alguns autores, como Wolkmer (1989), consideram o Jusnaturalismo, no que tange à tradição do pensamento jurídico-filosófico ocidental, como a principal tendência idealista verificada.

Para os componentes desta escola jurídica, existe um direito pré-determinado por leis que controlam a existência humana. Tais leis, componentes do Direito Natural, que disciplinam e fundamentam a existência do próprio Direito positivado, são os “[...] valores, princípios, obrigações e também as regras da própria natureza, que influenciam a vida do homem em sociedade”. (SABADELL, 2002, p. 22).

Esta lei natural é concebida pela crença de princípios superiores oriundos “[...] da vontade divina, da ordem natural das coisas, do instinto social, ou mesmo da consciência e da razão do homem”. (WOLKMER, 1989, p. 124).

Portanto, nesta concepção idealista, conclui-se que:

[...] o direito foi, durante séculos, dominado pelo ideal de uma justiça absoluta, concebida ora como de origem divina, ora como natural ou racional, o que fez que o direito fosse definido durante séculos como [...], a arte de determinar o que é justo e equitativo. (PERELMAN, 1998, p. 9).

Desta forma, a ideologia Jusnaturalista, em virtude das múltiplas variantes acima citadas, apresenta-se sob a forma de três concepções essenciais referentes à origem das normas do Direito Natural, dependendo de qual ente elas procedam. São elas: Cosmológica, Teológica e Antropológica.

Sinteticamente, a concepção Cosmológica atribui a gênese da lei natural à própria *natureza das coisas*, consubstancial à ordem cósmica; desta forma:

[...] o Direito Natural clássico dos gregos compreende uma concepção essencialista ou substancialista do Direito Natural: a natureza contém em si a sua própria lei, fonte da ordem, em que se processam os movimentos dos corpos, ou em que se articulam os seus elementos constitutivos essenciais. A ordem da natureza é permanente, constante e imutável. Trata-se da concepção cosmológica da natureza, que marcou o pensamento grego pré-socrático, destacando-se três pensadores - Anaximandro, Parmênides e Heráclito. (TEIXEIRA, 1990, p. 126).

A teoria Teológica, por sua vez, considera o Direito Natural como uma *emanação divina*; nesse sentido:

[...] o pensamento medieval e escolástico parte de um conceito teológico de natureza: a *natura* não é só nem principalmente aquilo por que cada coisa tem um modo de ser próprio, mas o modo de ser próprio de cada coisa enquanto criada por Deus. (TEIXEIRA, 1990, p. 124).

Já para a compreensão Antropológica, os preceitos do *jusnaturalis* são originados na própria *razão humana*; assim sendo:

[...] Deus deixa de ser visto como emanador das normas jurídicas e a natureza ocupa esse lugar, com um adendo: não é a natureza que dá aos homens esse entendimento, mas é ele mesmo, por meio da razão, que apreende esse conhecimento e o coloca em prática na sociedade. A partir de certos princípios, procura-se construir, dedutivamente, rígidos e exaustivos sistemas de Direito Natural, dotados de validade universal e perpétua. (BITTAR e ALMEIDA, 2001, p. 227).

2.1.1 Jusnaturalismo Grego

A Grécia antiga representava a efervescência do pensamento filosófico e político da antiguidade ocidental. Os filósofos helênicos, pré-socráticos, possuíam uma visão cosmológica da realidade, não se ocupando da investigação da natureza humana, preocupavam-se com o entendimento da essência ou substância do universo (fogo, terra, água e ar). Em virtude desta perspectiva totalizadora da realidade, havia uma coincidência entre o mundo antropológico e o cosmológico, levando à compreensão de que as relações sociais estavam inclusas no contexto das relações naturais. Havia, assim, uma coincidência entre as leis humanas (Direito Positivo), normalmente consuetudinárias, com as do Direito Natural, pois, eram consideradas como emanações da lei divina ou da própria ordem do *cosmos*.(MAGALHÃES FILHO, 2004).

Na cultura grega, quem primeiro levantou a diferença entre o Direito Natural e o Positivo foram os poetas dramáticos, em especial Sófocles que, por meio de sua célebre obra *Antígona*, contestou a validade das leis positivas impostas pelos reis da época ao povo, desqualificando-as em face da supremacia das leis dos deuses. Tal diferenciação se tornou mais marcante nos Sofistas que, no campo propriamente filosófico, viam nas convenções normativas (*Nomos*) uma oposição à natureza ou realidade (*Physis*) e, também, estabeleceram

o início da passagem de uma visão cosmológica para uma antropológica, enfatizando a ética. (MAGALHÃES FILHO, 2004).

A personagem Antígona ao defender-se da acusação de desobediência à lei do rei Creonte, diz:

Não foi, com certeza, Zeus que as proclamou (as leis positivas), nem a Justiça com trono entre os deuses dos mortos as estabeleceu para os homens. Nem eu suponha que tuas ordens tivessem o poder de superar as leis não-escritas, perenes, dos deuses, visto que és mortal. Pois elas não são de ontem nem de hoje, mas são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram. Por isso, não pretendo, por temor às decisões de algum homem, expor-me à sentença divina. (SÓFOCLES, 1999, p. 35-36).

O pensamento grego considerava o Direito Natural como sendo um corpo de leis invariáveis e de validade geral, advindas do *Cosmos* (natureza ordenada) do qual o homem é uma pequena parcela. Tais normas prescindem dos interesses e opiniões hegemônicos emergentes da sociedade. Para alguns pensadores gregos, o fundamento do *Jusnaturalis* estava na própria justiça e na razão. Entendiam que as normas do Direito Natural impõem aos seres humanos uma série de limites, que forçosamente condicionam sua existência. (SABADELL, 2002).

Assim sendo, para o entendimento grego,

Existe uma cosmologia antiga, segundo a qual o mundo é composto por uma diversidade de seres, sendo o homem um deles. Nesta cosmologia antiga, os homens são considerados como mortais enquanto o mundo é considerado como imortal. Esta forma de conceber o mundo corresponde à idéia do jusnaturalismo grego, onde a natureza com suas leis e limites impõe-se aos seres humanos. (SABADELL, 2002, p. 26).

Desta maneira os gregos fundamentavam o Direito Natural nos preceitos ou idéias superiores: imutáveis, estáveis e permanentes; cuja autoridade origina-se na natureza ordenada (*Cosmos*) ou nos deuses e *não na vontade humana*.

Deve-se, por fim, ser citada a doutrina desenvolvida pelo pensador Zenon (350-250 a.C.), que ao colocar o conceito de natureza no âmago do seu sistema filosófico, criou uma escola de filosofia denominada de Estoicismo. Para os seguidores deste sistema, o Direito Natural se identifica com a lei da razão, e os homens, por serem parte da natureza cósmica, eram uma criação essencialmente racional. Existe um Direito Natural comum,

baseado na razão, que é universalmente válido em todo o *Cosmos*, com seus postulados sendo obrigatórios para todos os homens em todas as partes do mundo. Esta doutrina confirmada por Panécio (cerca de 140 a.C.), chegou a Roma, onde foi reestruturada por Cícero, que deu utilidade ao Direito estóico, no contexto do Direito Romano. (REALE, 1984).

2.1.2 Jusnaturalismo na Escola Teológica ou Medieval

A aceitação do entendimento, originado na cultura grega, da existência de um Direito Natural composto por princípios superiores advindos de uma entidade metafísica, propagou-se durante o período histórico da Idade Média, encontrando na Escola Teológica seu ápice filosófico.

No pensamento filosófico grego, através da cosmologia antiga, atribuía-se à própria natureza (mundo imortal), consubstancial à ordem cósmica, a gênese dos preceitos ou idéias superiores que impunham limites aos seres humanos (seres mortais). Na Idade Média, por influência do pensamento cristão, adota-se uma outra cosmologia denominada cristã que põe o ser humano no centro do mundo, considerando-o imortal (alma imortal) e ocupante de uma posição de superioridade frente aos demais seres, em virtude de sua criação à imagem e semelhança de Deus. (SABADELL, 2002).

Assim como na Escola Grega, a Teológica também considera o Direito Natural como sendo um conjunto de preceitos imutáveis, estáveis e permanentes; mais discorda frontalmente daquela, no tocante à sua fonte, pois, fundamenta-o na vontade de Deus e não na natureza. Ou seja, sua fonte é a religião.

Nas palavras de Sabadell: “O direito natural fundamenta-se na vontade de Deus, sendo produto de sua decisão, que cria uma lei eterna para governar o universo. O Deus cristão dá ao homem o poder de dominar o mundo e, ao mesmo tempo, outorga-lhe um código leis”. (2002, p.26).

Miguel Reale estabelece de forma lapidar esta transição verificada entre as duas escolas jurídicas ao afirmar,

É sabido que a idéia de um Direito Natural, já poderosamente afirmada na corrente socrática-aristotélica e na estóica, [...], adquire um sentido diverso nas coordenadas da cultura cristã, não somente por tornar-se uma *lei da consciência*, uma lei interior, mas também por ser considerada inscrita no coração do homem por Deus. O Direito Natural destinava-se a representar a afirmação da nova Lei contra a Lei velha, a mensagem instauradora de uma nova forma de vida. (1982, p. 633).

Conforme assinala Machado Neto (1987), o pensamento cristão primitivo, em relação ao Direito Natural, é sucessor imediato do Estoicismo e da Jurídica Romana, com a Igreja absorvendo dos estóicos a distinção entre Direito Natural absoluto e relativo. Para os cristãos o Direito Natural absoluto era o direito ideal que reinava até antes da humanidade se viciar com o pecado original. Por este Direito Natural absoluto todos os homens eram iguais e possuíam todas as coisas em comum, não havendo necessidade de governo dos homens sobre homens, nem domínio sobre escravos. Já o Direito Natural relativo era, contrariamente, um sistema de princípios jurídicos adaptados à natureza humana após o pecado original, que “[...] entre outros males, trouxe a necessidade do trabalho, a propriedade privada, o Estado, o direito positivo e a pena [...]”. (MACHADO NETO, 1987, p. 345).

Nesta linha de entendimento, Perelman afirma:

Durante séculos, a justiça primitiva foi condicionada por uma escrupulosa conformidade a fórmulas sacras – tratava-se da santificação de um costume ancestral ou de fórmulas reveladas pelos porta-vozes de uma divindade. [...] o justo, para o direito, confundia-se com o piedoso e o sagrado. (1998, p. 15).

A visão doutrinária da Escola Teológica entendia que a Igreja Católica, onde imperava a norma absoluta do Direito Natural, tinha por fim conduzir e implantar na sociedade o ideal cristão concernente na busca constante pela aproximação, sempre crescente, do Direito Natural relativo ao absoluto, mesmo que permitisse aos seus fiéis viver de acordo com o primeiro. (MACHADO NETO, 1987).

O expoente máximo da Escola Teológica e de sua cosmovisão medieval é, sem dúvida alguma, Santo Tomás de Aquino, que em sua obra *Summa Theologica*, absorvendo os pensamentos de Santo Agostinho, e, inspirando-se nos ensinamentos de Aristóteles, dos estóicos e dos juristas romanos como Cícero, elege como elemento primordial a *lex aeterna* (lei eterna), entendida como a expressão inseparável da razão divina, que controla todo o Cosmos. (REALE, 1982).

Em sua doutrina, Santo Tomás faz uma importante distinção entre a idéia de *lex aeterna* (razão divina) e *lex divina* ou revelada, como nas Escrituras Sagradas, considerando esta como uma espécie de lei positiva, uma vez que é posta e explicitada por Deus como orientação à vida prática dos homens. (REALE, 1982).

O homem, ser por Deus criado, dotado de razão, participa da *lex aeterna* na medida de seu discernimento acerca do bem e do mal. A esta participação Santo Tomás denomina de lei natural. (REALE, 1982). Assim, “[...] a lei natural, da qual deriva imediatamente a lei humana, não é mais do que versão imperfeita, portanto parcial, da lei divina. Seria, em outros termos, a lei divina descoberta pela razão”. (VASCONCELOS, 2002, p. 99-100).

Para a concepção tomista, e no pensamento medieval em geral, a moral de certa forma se subordinava à norma positivada, na medida em que a legislação posta é resultante da interiorização da lei natural na consciência do legislador, por ato do Legislador Supremo, Deus. (REALE, 1982). Apesar deste entendimento, na realidade o Direito Natural era considerado prioritário e principal frente ao Positivo, tendo este a função subsidiária de complementá-lo, sanando-lhe as lacunas. (VASCONCELOS, 2002).

Fundamentando este pensamento,

[...] o ordenamento jurídico, para ser legítimo, tem de se conformar com o direito natural. Não basta, com efeito, que as normas jurídicas apresentem uma validade formal (vigência) e social (eficácia). Carecem também de uma validade ética ou intrínseca (legitimidade). Precisamente, a natureza das coisas – ou o justo natural – constitui a medida, por excelência, dessa validade. Sem ela, os comandos legais deixam, em rigor, de ter força e natureza de lei. (CHORÃO, 1991, p. 106)

Dessa forma, o Direito Natural que tem como fonte uma ordem ontológica transcendente da vontade do homem e que traduz o justo decorrente da vontade divina, segundo a teologia medieval, se dirige ao legislador inspirado por Deus.

Explicando este íntimo e necessário inter-relacionamento entre a Igreja e o Estado, Reale afirma:

O papel da Igreja, em sua relação com o governo, levá-lo-á, assim como grande parte dos pensadores medievais, a colocar o Direito Natural como de importância

decisiva, pois só com uma norma de caráter mais geral, colocada acima do Direito Positivo, poderia haver alguma esperança de realização da Justiça Cristã. (1984, p. 48).

2.1.3 Jusnaturalismo na Escola do Direito Natural Racional

As alterações políticas, econômicas e científicas, que marcaram a história humana a partir do século XVI, como o desenvolvimento da economia capitalista e os avanços nas ciências exatas e biológicas, através da utilização dos métodos experimentais, repercutiram fortemente na cultura ocidental da época, sobretudo na Filosofia e no Direito. (SABADELL, 2002).

Tais transformações mudaram drasticamente o entendimento advindo da Escola Teológica sobre o Direito Natural, pois, na sua fundamentação não mais se aceitavam os desígnios de Deus como determinantes dos princípios imutáveis, estáveis e permanentes, componentes do *Jusnaturalis*, mais sim a razão humana; esta compreendida como a capacidade de raciocinar, de avaliar e meditar do homem. Assim, se para os gregos o Direito Natural é fundado na própria natureza ordenada (concepção *cosmológica*), se para os filósofos medievais o jusnaturalismo tem na razão divina sua principal fonte (concepção *teológica*), para os iluministas, ou filósofos da Renascença, o Direito Natural seria produto da própria razão humana (concepção *antropológica*). (LISBOA, 2002).

A esta doutrina que erigiu a razão humana, que não precisava ser justificada pela religião, como único caminho correto para se descobrir os fundamentos da lei natural, deu-se o nome de Escola do Direito Natural Racional, constituindo-se em “um dos marcos da Idade Moderna e a base de uma nova cultura laica, consolidada a partir do século XVII”. (BARROSO, 2001, p. 14).

Miguel Reale, manifestando-se de forma incisiva acerca do caráter de primordialidade dado ao homem, atribuindo-lhe a auto-suficiência, pela doutrina da Escola do Direito Natural Racional, esclarece: “[...], o dado primordial passa a ser o homem mesmo, orgulhoso de sua força racional e de sua liberdade, capaz de construir por si mesmo a regra de sua conduta”. (1982, p. 642). Assim, é da autoconsciência do ser humano que resulta a lei natural.

Desta forma, para a Escola do Direito Natural Racional:

[...], o direito constitui uma ordem preestabelecida, decorrente da natureza do homem e da sociedade. O acesso ao direito não pode ser, porém, oferecido através de textos ou tradições “sagradas”, como sustentava a escola teológica. O uso da razão humana é o único meio adequado para descobrir os fundamentos da ordem natural. (SABADELL, 2002, p.27).

Na doutrina racionalista do Direito Natural, ocorre a laicização da Ciência Jurídica através da criação de uma metodologia própria, baseada na razão, em substituição aos métodos do dogmatismo teológico.

Neste sentido:

[...] o direito natural é uma luta contra o sistema medieval de estudo e ensino, de submissão à tradição e aos costumes [...], com a invocação do direito natural como arma de combate, justamente contra o edifício jurídico institucional do Antigo Regime. Os juristas filósofos do direito natural terão um papel ideológico relevante no processo revolucionário, porque justificarão a derrubada da tradição medieval, incorporada seja nas instituições políticas, seja na regulação privada dos negócios (contratos, propriedade, família e sucessões). (LOPES, 2000, p. 182).

[...] a partir da Escola de Direito Natural de Grotius (1625) não é mais entendido desta forma, vinculando-o à razão. Com a intenção da emancipação da teologia medieval e do feudalismo, surge, a escola do direito natural clássico, tendo marcada sua evolução, em três períodos. O primeiro, com o advento do Protestantismo na religião, o absolutismo na política e o mercantilismo na economia, [...]. (NADER, 1998, p. 111).

Mas essa mudança na compreensão do Direito Natural processou-se de forma gradual, uma vez que, para os doutrinadores dos séculos XVI e XVII, que embora defendessem a utilização imprescindível da razão humana para chegar-se à fundamentação do *Jusnaturalis*, vinculavam-na à religião em virtude de considerá-la um dom dado por Deus aos homens. Somente nos autores do século XVIII, é que se percebe o distanciamento completo do pensamento teocrático.

Para que se possa observar a evolução do pensamento da Escola Jusnaturalista Racional, necessário se faz analisar as idéias de três dos seus filósofos mais eminentes, que são: Hugo **Grócio**, Gottfried Wilhelm **Leibniz** e Immanuel **Kant**, que se dedicaram ao exame do Direito. Os dois primeiros ocuparam-se em exprimir um compromisso entre o pensamento

teológico e o sistema racionalista; e o último que aproveitou as idéias iluministas incorporando-as no desenvolvimento de sua teoria. (SABADELL, 2002).

Doutrinadores

Hugo Grócio

Na concepção doutrinária do jusfilósofo Grócio, a razão, entendida como racionalidade, é que compõe a real natureza do homem. Em decorrência dessa premissa, ele retira dos entendimentos filosófico e jurídico os preceitos e idéias teológicos, que em virtude de serem aceitos por apenas parte da humanidade perdem a característica essencial da universalidade. Assim sendo, a utilização de quaisquer outras fontes, que não a razão, conduziria a equívocos, pois, só ela é um elemento presente em qualquer ser humano (universalidade). (SABADELL, 2002).

Desta forma:

Cria-se assim um direito natural que resulta de uma dedução lógica e que possui validade universal, sendo que todos os seres humanos de todas as sociedades e épocas são dotados da mesma razão. O direito que resulta da vontade de Deus ou dos homens pode ser diferente do direito natural-universal. Porém, somente este último oferece o critério de justiça, por ser imutável e independente de uma vontade individual. (SABADELL, 2002, p. 28).

Embora Grócio admita que a ordem justa (*Jusnaturalis*) seja legitimada, tão somente, pelos ditames da razão, ele ainda sente necessidade de fazer alusão reverente aos valores transcendententes emergentes de Deus. É o que se depreende da afirmação de Reale (1982) ao mencionar um pensamento do filósofo holandês, no qual declara que, por absurdo que possa parecer, se Deus não existisse, ainda assim a Justiça existiria em virtude dos fundamentos inamovíveis da razão humana.

Assim, Grócio concebe um Direito Natural, livre das interpretações teológicas da Idade Média, cognoscível através da ação racional do homem sobre sua própria natureza. O Direito Natural “[...] é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme a própria natureza do homem, [...]”. (BOBBIO, 1995, p. 20).

Para Grócio, todo homem possui gravado em seu ser o desejo de sociabilidade, que o leva inexoravelmente à necessidade consensual de interação harmônica com seus pares, por meio do desenvolvimento da solidariedade, denotando uma idéia de Direito Contratualista. Tal desejo traduz o princípio fundamental do Direito Natural, do qual os demais são decorrentes. Resultante desse raciocínio, Grócio adota a tese de que a vida em sociedade é regulada pelos princípios do Direito Natural.

Nessa linha de pensamento:

É por isso que surge, desde logo, a *idéia de contrato*. O contratualismo é a alavanca do Direito na época moderna. Por que existe a sociedade? Porque os homens concordaram em viver em comum. Por que existe o Direito? O Direito existe, respondem os jusnaturalistas, porque os homens pactuaram viver segundo regras delimitadoras dos arbítrios. (REALE, 1982, p. 642).

O contratualismo defendido por Grócio é o parcial, no qual a sociedade é entendida como decorrência de um fato natural e o Direito Positivo como resultante de uma convenção. Ele acolhe ensinamentos tradicionais que vê o Direito Natural como uma expressão da moral, não sendo assim contratual. Já o Direito Positivo é decorrente de um contrato.

Gottfried Wilhelm Leibniz

Assim como na concepção de Grócio, Leibniz comunga do entendimento de que a interação humana em sociedade é controlada por preceitos do *Jusnaturalis*. Mas, diferentemente de seu antecessor, compreendia o Direito Natural como resultante da eterna razão divina, que admitia ser a única que podia estabelecer os regramentos adequados para a vida em sociedade.

Para Leibniz, a liberdade do homem constitui aspecto imprescindível como condicionante de seu senhorio sobre o destino. Tal visão, contudo, é teocêntrica, pois entende ser Deus o concesso desta liberdade, e o homem seu administrador ao escolher livremente seus caminhos (livre arbítrio).

Embora Leibniz adote uma visão teológica da sociedade, admitindo-a regulada por normas naturais oriundas da razão divina, ele “rompe com o pensamento da estaticidade e da predeterminação do mundo e da sua ordem. Cada homem é senhor de seu destino e determina livremente seus atos”. (SABADELL, 2002, p. 29).

Immanuel Kant

O entendimento jusnaturalista racional de Kant, decorrente do ideário iluminista, fundamenta o Direito na razão humana, e mesmo que na realidade isto não se verifique, continuaria necessitando sê-lo. Ele admite a existência do Direito Positivo, enquanto leis emanadas do Estado, condicionando-o, no entanto, ao mundo do *dever ser*, compreendido como princípios reguladores da sociedade, determinados pela racionalidade humana.

Embora Kant não fundamente o Direito na natureza, sua teoria é jusnaturalista na medida em que admite leis jurídicas, que obrigam *a priori*, anteriores a qualquer imposição de autoridade humana (Direito Positivo), fundadas na metafísica dos costumes, na razão prática. (DINIZ, 2005).

Na concepção kantiana, o que distingue o justo do injusto, como medida ética da norma posta, é a razão. Assim, o parâmetro de justo compreende a essência do Direito. Caso nesta aferição axiológica da norma positiva em vigor constate-se o inatendimento dos preceitos do *Jusnaturalis* (justiça), necessitará ser *alterado* para produzir os efeitos éticos devidos, quando a desobediência não é tão frontal; ou *revogado*, quando a incoerência for absoluta. (SABADELL, 2002).

Enquanto para Grócio o Direito Natural se ligava à sociabilidade humana, para Kant depende “da idéia de liberdade, que é a autonomia da vontade, orientada unicamente pela razão pura, que se preocupa apenas com os princípios gerais concebidos em si mesmos e independentes da localização temporal”. (DINIZ, 2005, p. 43). Em sua teoria, Kant considera a liberdade uma característica inata à condição humana, é um fator condicionante da capacidade do homem de “acordar o seu arbítrio com o dos demais, segundo uma lei geral de liberdade”. (REALE, 1982, p. 646).

Dessa forma, na sua concepção, somente uma sociedade madura (iluminada e livre) pode desenvolver um nível de compreensão necessário para se alcançar um processo racional de reflexão pública acerca da vida social organizada, objetivando a conciliação dos interesses dos cidadãos, como forma de garantia da liberdade de todos, através de normas gerais. Para que isso ocorra, é imprescindível a existência de um processo de reflexão individual, possibilitando uma crítica na *opinião* ou *decisão dos outros*, questionando suas argumentações e desprezando aquelas que não emanem da razão. Assim, para Kant, “a responsabilidade da convivência em sociedade pertence exclusivamente ao homem”. (SABADELL, 2002, p.32).

Sabadell aponta, sucintamente, como conseqüências deste entendimento kantiano iluminista:

- a) Rejeição de qualquer argumento de autoridade. [...], sem fazer um exame próprio da sua justificação.
- b) Rejeição de qualquer decisão tomada por uma maioria se ela não é baseada na razão humana. [...], pois qualquer decisão de uma maioria só é válida se for racional.
- c) Rejeição da força. [...] Os cidadãos possuem o direito de resistir a ordens que consideram contrárias aos imperativos da razão.
- d) Rejeição dos interesses e desejos pessoais como justificação de uma ação. [...] devemos agir de forma que a nossa ação possa ser adotada como regra geral. (2002, p. 32).

Sinopticamente, a Escola do Jusnaturalismo Racional, entende o Direito como a expressão do justo, segundo princípios da moral. De acordo com esta doutrina, “o Direito Natural era um código completo de regras jurídicas racionais a serem copiadas ou transpostas para a forma escrita pelo Legislador” (MAGALHÃES FILHO, 2006, p. 215). Por isso, constata-se a primazia do Direito Justo (natural) sobre o Vigente (positivo). Se as normas postas contrariarem ao *Jusnaturalis* de forma extremada, devem ser extirpadas do ordenamento positivo; se a discordância for amena, o juiz poderá corrigi-la ao aplicá-las, mediante uma hermenêutica atenta aos postulados da ética. (SABADELL, 2002).

A doutrina jusnaturalista concebida sob a ótica da Escola do Direito Natural Racional atinge seu apogeu, servindo de supedâneo para a formação dos ideais da Revolução Francesa, que objetivavam a criação de um novo mundo (iluminado), assentado em bases racionais, no qual as normas advindas do Direito Natural, enquanto Direito Ideal, justas e corretas, deveriam fazer parte, obrigatoriamente, do Direito Positivo.

Vitoriosa a Revolução Francesa, tratou-se da elaboração de um sistema de leis (Código Civil Francês ou Código Napoleônico) sob a crença de que seria a projeção escrita e plena dos preceitos jurídicos racionais do *Jusnaturalis*. Desta forma nascia a teoria da plenitude da lei (fetichismo legal), que sinalizava no sentido de sua interpretação literal, pois traduzia o Direito Ideal. Como consequência desta codificação normativa ocorre a identificação entre o Direito e a lei. (MAGALHÃES FILHO, 2004). Noutras palavras, “[...] os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos”. (BARROSO, 2001, p. 15-16).

Assim, com a positivação do Direito Natural, ocorre sua superação histórica, uma vez que com a transposição de todos os seus preceitos para os códigos, o que levou os teóricos a abandonar as especulações jusnaturalistas para enaltecer as virtudes da lei, não se poderia aceitar outro Direito que não o Positivo, pois era a concreção do Direito Justo. Assim, “a idéia do Direito Natural completa-se, desse modo, com a realidade de sua existência positivada, com o quê se supera, perdendo o sentido original”. (VASCONCELOS, 2002, p.100).

2.2 Evolução Histórica do Direito Positivo e seus Fundamentos

O Positivismo Jurídico traduz a mais veemente reação contra a doutrina Jusnaturalista, em qualquer de suas concepções (cosmológica, teológica e antropológica), que fundamenta o Direito, sua essência e fim, na natureza ou na razão humana. (WOLKMER, 1989). Ele surge como resultante do momento histórico traduzido pela ascensão da burguesia, classe vitoriosa da Revolução Francesa, que ao chegar ao poder, utiliza o instrumental jurídico para nele se perpetuar, através da positivação das normas ideais advindas do Jusnaturalis, que lhe interessava e o seu consequente isolamento, posto que revolucionário. Dessa forma, “[...] o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é apresentado pela codificação”.(BOBBIO, 1995, p. 119).

Este movimento doutrinário cresceu a partir da metade do século XIX, acabando por impor-se como principal teoria jurídica durante muitos anos, só tendo sua supremacia

abalada em virtude dos crimes hediondos praticados contra a dignidade humana, sob o manto positivista da legalidade, ocorridos no episódio histórico da 2ª Guerra Mundial, pois,

“o fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem”. (BARROSO, 2001, p. 18).

Neste sentido Perelman afirma:

Desde o processo de Nuremberg, que pôs em evidência o fato de que um Estado e sua legislação podiam ser iníquos, e mesmo criminosos, notamos na maioria dos teóricos do direito, e não apenas entre os partidários tradicionais do direito natural, uma orientação antipositivista que abre um espaço crescente, na interpretação e na aplicação da lei, para a busca de uma solução que seja não só conforme à lei, mas também equitativa, razoável, aceitável, [...]. (1998, p. 184).

A ideologia Juspositivista, que de acordo Miguel Reale (1982) teve no filósofo Protágoras (481 – 411 a.C) o precursor das opiniões dos positivistas modernos ao admitir que as leis postas pelos homens (normas positivas) eram obrigatórias e válidas independente de seu conteúdo moral; buscou extirpar todas as concepções de conteúdo “metafísico-racionalista do Direito, reduzindo tudo à análise de categorias empíricas na funcionalidade de estruturas legais em vigor”. (WOLKMER, 1989, p. 127). Ela rejeita qualquer dimensão apriorística, descartando, assim, os preceitos e avaliações de valor, em atendimento à sua suposta neutralidade axiomática, baseada num experimentalismo exacerbado e um tecnicismo formalista.

A doutrina do Juspositivismo decorre da transplantação do Positivismo Filosófico de Comte, para o mundo jurídico. Em síntese, Augusto Comte, em seu célebre Curso de Filosofia Positiva, declara que o ser humano atravessou os dois estágios iniciais de cognição, o teológico e o metafísico, chegando à sua maioridade racional através do pensamento científico (3º estágio), que traduz o único entendimento verdadeiro; assim, o pensamento cartesiano válido para as ciências naturais tem aplicação às ciências sociais. (BARROSO, 2001).

Para o Positivismo Jurídico o Direito é expressão de sua própria materialidade coercitiva e concreta, onde sua validade e imputação se fundamentam na própria codificação

normativa posta. (WOLKMER, 1989). Deste entendimento decorrem os mitos positivistas nos quais:

[...] a lei passa a ser vista como expressão superior da razão. A ciência do Direito – ou, também, teoria geral do Direito, dogmática jurídica – é o domínio asséptico da segurança e da justiça. O Estado é a fonte única do poder e do Direito. O sistema jurídico é completo e auto-suficiente [...]. (BARROSO, 2001, p. 8-9).

Dessa forma, as escolas do Direito Positivo consideram o Direito como sendo um conjunto de leis que disciplinam a vida em sociedade, influenciando e transformando a conduta humana, objetivando a pacificação do convívio social. Tal sistema normativo, decorrente de uma vontade política, constitui a fundamentação do Direito, não importando que seja, ou não, resultado de um processo democrático, podendo, assim, não representar a opção mais justa ou adequada. O cerne indelével característico destas escolas é a concepção aceita por seus doutrinadores de que o Direito é a expressão de uma vontade política de caráter mutável, elaborado com o intuito de governar. (SABADELL, 2002). Segundo esta teoria para que um sistema normativo seja classificado como direito, prescinde-se de sua avaliação sob critérios morais, ou seja, a identificação de determinada norma como jurídica, válida e existente, depende apenas da verificação de suas fontes e não de seu aspecto valorativo, seu mérito.

Perscruta-se, a seguir, a evolução histórica e os fundamentos da ideologia positivista, de acordo com o pensamento de alguns de seus principais doutrinadores, levando-se em consideração o critério enfático com que lhe dão, focando-a na *legislação* ou na *aplicação do Direito*.

2.2.1 Positivismo Jurídico na Escola Centrada na Legislação

Esta escola juspositivista fundamenta-se no entendimento de que o positivismo lógico decorre das leis postas, entendidas como conjunto de normas sociais oriundas da vontade política mutável, hierarquicamente organizadas, culminando em um todo unívoco, pleno, que emana do Estado, fonte única do poder e do Direito. Para seus doutrinadores o sistema jurídico é completo e auto-suficiente, sendo a lei expressão máxima da razão, e o Estado árbitro imparcial na sua aplicação, onde, “[...] a vontade do legislador é considerada como a espinha dorsal do sistema jurídico”. (SABADELL, 2002, p. 37).

Sob este prisma, para seus teóricos:

[...] o que é posto no primeiro plano é o valor concedido à segurança jurídica, à conformidade das decisões de justiça com as prescrições legais. O juiz não deveria violar a lei, aplicando critérios de justiça que lhe fossem próprios: sua vontade e seu senso de equidade deveriam inclinar-se diante da manifestação da vontade geral, tal como era dada a conhecer pela legislação. (PERELMAN, 1998, p. 184).

Doutrinadores

Thomas Hobbes

A teoria de Thomas Hobbes é aceita como a primeira que estabeleceu a supremacia do Direito Positivo diante do *Jusnaturalis*, e ele é “[...] considerado o fundador do Positivismo Jurídico, que se assenta na legitimação contratual da lei, [...]” (VASCONCELOS, 2002, p. 50). Justificava tal superioridade na assertiva de que “é preferível um direito estabelecido e imposto por uma autoridade do que as ‘verdades’ do direito natural” (SABADELL, 2002, p. 34), que eram defendidas pelos teóricos do Jusnaturalismo Racional.

Pode-se considerar que a obra deste filósofo inglês é uma resposta cabal ao ambiente político e social no qual estava inserido, a Inglaterra da metade do século XVII, que vivia sob a égide do pensamento hegemônico da Escola do Direito Natural Racional, defensora da primazia do direito justo (Natural) sobre o vigente (Positivo); sempre prevalecendo o primeiro, quer por exclusão do sistema jurídico posto das normas positivas injustas, quer por sua correção na aplicação ao caso concreto, efetuada pela interpretação do magistrado segundo princípios do direito justo (SABADELL, 2002).

Tal ambiente apresentava um sistema jurídico complexo e inseguro, pois,

No período anterior à Revolução Francesa, o Direito era dividido ou fragmentado em sistemas particulares, quer do ponto de vista das classes, quer do ponto de vista material e territorial. Havia um Direito para o clero, como outro havia para a nobreza, e outro ainda para o povo, ao mesmo tempo que cada região possuía seu sistema particular de regras, seus usos e costumes, muitas vezes conflitantes, regendo-se determinadas relações pelo Direito Canônico e outras pelo Direito Estatal. (REALE, 1982, p. 408).

Hobbes defende a tese na qual o exercício do poder do Estado deve, inexoravelmente, ser *impessoal*, objetivando os interesses comuns dos seus cidadãos, e *úteis* para o Estado e a sociedade.

Para ele, o homem possui uma natureza má e individualista, da qual decorre o desejo sem limites, julgando o indivíduo possuir o direito a tudo, o que resulta num processo social destrutivo, pois, todos almejam a tudo. Deste modo, entende o *estado de natureza originário do homem*, como sinônimo de contínua beligerância. Neste sentido, “a busca do convívio social objetiva a satisfação de necessidades pessoais e não se dá de forma harmônica”. (SABADELL, 2002, p. 34).

Em decorrência disto, Hobbes indica a necessidade da criação, mediante um pacto social, de um Estado, através da transferência das parcelas individuais de poder político de cada cidadão, para o soberano, buscando a garantia da auto-preservação coletiva pelo estabelecimento de um sistema normativo positivo, imperativo e absoluto, considerado um verdadeiro dogmatismo, não comportando, assim, contestações. Tal sistema posto, imporá à sociedade uma convivência pacífica e ordenada, seguindo padrões da razão humana. (SABADELL, 2002).

Enfim, para Thomas Hobbes, o Juspositivismo se assenta na legitimação contratual da norma. Entende a lei como sinônimo de ordem, tendo a imperatividade como fator que lhe é imanente. Tal lei tem origem exclusivamente no soberano, que considerava como o único legislador, sendo destinada aos súditos que participaram do pacto social como cedentes de seu poder político ao soberano. (VASCONCELOS, 2002).

Jean-Jacques Rousseau

Consoante o ensinamento de Sabadell (2002), Rousseau é considerado o autor mais democrático dentro da concepção juspositivista, pois, para ele o Direito encontra-se depositado nas mãos do povo, que de acordo com sua livre e soberana vontade, pode moldá-lo da maneira que desejar. O Poder Legislativo toma decisões que devem ser respeitadas por ser expressão da vontade geral, que não se esgota com a formação do contrato-lei, permanecendo com o povo que possui a faculdade de modificá-lo a qualquer tempo, atribuindo-lhe comando

diverso. Dessa forma, Rousseau entende ser o *absolutismo* uma característica da soberania popular, onde o “[...] poder absoluto transfere-se para o povo, daí em diante já não contando a vontade do príncipe para nada”. (VASCONCELOS, 2002, p. 106).

Rousseau, como contratualista, entendia a lei como uma necessidade, de disciplinamento da interação intersubjetiva, imanente ao ser humano, decorrente de sua tendência natural ao convívio social. Sua teoria representa a mais fundamentada forma de contratualismo, exprimindo com fidelidade o espírito da época liberal, tendo como propósito alcançar uma forma de associação, pelo pacto social, que defenda e proteja, com base no conjunto da força comum, cada membro e seus bens, segundo leis que eles próprios elaboraram, de maneira que assim obedeçam a si mesmos, mantendo suas liberdades preservadas. (VASCONCELOS, 2002).

De acordo com o pensamento rousseauiano, a norma posta, vigorante numa sociedade composta por classes integradas, decorre da vontade geral, elemento que lhe fundamenta, o que pressupõe seu inabalável grau de justiça, pois, é inconcebível a idéia de que alguém possa ser injusto consigo mesmo. (VASCONCELOS, 2002). Na concepção de Sabadell, Rousseau ao se indagar sobre o que seria uma lei, pontifica: “É uma declaração pública e solene da vontade geral sobre um objeto de interesse comum. Assim sendo, a lei é uma vontade, que exprime decisões e interesses da coletividade”. (SABADELL, 2002, p. 35). Para que esta vontade seja realmente geral, ela necessita ser expressa de forma a primar pela equidade, onde todos possam participar igualmente na elaboração das leis que regerão a toda sociedade. Nas palavras de Rousseau:

[...] eis a prova de que a igualdade de direito e a noção de justiça que ela produz derivam da preferência que cada um tem por si mesmo e, por conseguinte, da natureza do homem, de que a vontade geral, para ser verdadeiramente geral, deve sê-lo tanto em seu objeto quanto em sua essência, de que deve partir de todos, para aplicar-se a todos; e de que perde sua retidão natural quando tende a algum objeto individual e determinado, porque, então, julgando aquilo que nos é estranho, não temos a guiar-nos nenhum verdadeiro princípio de equidade (ROUSSEAU, 1996, p. 40).

Hans Kelsen

Em sua célebre obra: Teoria pura do direito, que remonta a 1934, Kelsen deu à visão positivista do Direito, uma severa fundamentação metodológica, atingindo o monismo

sua mais alta concepção doutrinária, e o formalismo seu apogeu. Ele desconsidera na gênese do Direito, quaisquer indagações decorrentes dos fenômenos sociais.(SABADELL, 2002). Sua doutrina se alicerça no entendimento de que só é admissível a existência das normas jurídicas positivas, tendo a Ciência Jurídica por objeto o exame do funcionamento deste ordenamento jurídico, *pleno e unívoco*, cuja validade e imputação se baseiam na própria codificação concreta.(WOLKMER, 1989).

A doutrina de Kelsen exclui da Ciência Jurídica as considerações filosóficas de caráter valorativo, bem como as sociológicas condizentes aos fatos, refutando tudo que se refira à política, buscando, desta forma, sua total autonomia com foco na absoluta neutralidade almejada.(MAGALHÃES FILHO, 2004). Em virtude desta característica, ele não estabeleceu nenhum método interpretativo, pois, não considerava qualquer critério extrajurídico para se chegar ao entendimento correto da norma, para sua aplicação ao caso concreto.

Em decorrência de ser adepto da teoria da plenitude da lei, Kelsen não atribui ao magistrado a faculdade de poder julgar como cidadão, ou seja, de acordo com o que ele, ou a sociedade da qual participe, admita como justo. Impende que decida segundo a norma posta, pois lhe compete a função de, apenas, aplicar a lei; se julgar uma querela de forma adversa à previsão normativa, estará agindo com ilegalidade.(SABADELL, 2002). Desta maneira, ele entende a sentença como resultante de um ato volitivo ou de decisão do magistrado, no qual escolhe, dentre as várias possibilidades *aceitas e cabíveis na moldura normativa ou em sua literalidade*, a correta interpretação de seu sentido.(MAGALHÃES FILHO, 2004).

Consoante SABADELL (2002, p. 36), para Kelsen, “o direito é o conjunto de normas em vigor e o estudo das mesmas deve ser realizado sem nenhuma interferência sociológica, histórica ou política”.

Na visão Kelseniana, todo ordenamento jurídico é formatado na hierarquia normativista piramidal, na qual a norma posterior (inferior) recebe fundamentação da que lhe antecede (superior), culminando na Constituição que ocupa seu ápice, enquanto norma posta, fundamentando às demais, e alicerçando-se na norma especial denominada de Norma Hipotética Fundamental, que não se ocupa da juridicidade da ordem normativa positivada, mais pressupõe a validade de todo um ordenamento jurídico (VASCONCELOS, 2002),

garantindo-lhe unidade e harmonia. Deste sistema hierarquizado de normas decorre o atual e imprescindível processo de controle de constitucionalidade das leis.

Noutros termos:

Cada norma fundamenta e produz a norma que lhe é inferior, num processo de autoformação que ascende até a norma básica, hipotética e fundamental, chave da unidade de todo o ordenamento jurídico. É hipotética a norma básica, porque está pressuposta, enquanto as demais se encontram postas; e é fundamental, porque imprescindível à própria existência do ordenamento jurídico.(VASCONCELOS, 2002, p. 123).

Complementando o assunto, a lição de Magalhães Filho é irreparável, confira-se,

As normas superiores fundamentavam as inferiores sob o aspecto dinâmico-formal, sendo que as normas eram mais gerais e abstratas quando se aproximam do topo, e mais específicas e concretas quando se aproximavam da base da Pirâmide. A norma mais geral e abstrata já não teria nenhum conteúdo e seria a norma hipotética fundamental. Ela teria existência lógico-jurídica e não positivo-jurídica, sendo, na verdade, um suposto gnosiológico ou uma pressuposição necessária para possibilitar o conhecimento científico do ordenamento jurídico. (MAGALHÃES FILHO, 2004, p. 50).

Embora Kelsen tenha desenvolvido sua teoria numa concepção exclusivamente jurídica do Direito, ele aceitava o fato da existência dos fenômenos sociais, que inevitavelmente repercutem na elaboração e aplicação do Direito, mas os desconsiderava em virtude de entender que tais temas são estranhos ao objeto da Ciência Jurídica, sendo afeitos a outras Ciências. Nesta linha de raciocínio, não compete ao jurista o exame “do comportamento humano ou das relações entre direito e sociedade”.(SABADELL, 2002, p. 36). Sob este prisma, objetivando a pureza do Direito, Kelsen dividiu-o em dois: quando o assunto estudado questiona aspectos acerca das *interfaces causais que se processam entre os fatos ou comportamentos jurídicos*, estar-se diante da Sociologia Jurídica (mundo do ser); quando se ocupa da verificação de um *fato genericamente previsto nas normas determinantes de uma consequência específica no seu advento*, lidar-se-á com a Ciência do Direito ou Teoria Pura do Direito (mundo do dever-ser). (REALE, 1982).

Hans Kelsen, conforme assinala Arnaldo Vasconcelos (2002), considera como elementos essenciais da juridicidade: o ilícito e a coação, afastando a imperatividade por considerá-la contrária à coação, admitindo-a apenas em relação às normas morais, desta forma preservando a natureza destas.

Para Kelsen, a norma jurídica corresponde a um juízo hipotético, mediante o qual são estabelecidos situações de fatos específicos, determinados, e os resultados que deles se esperam, em ocorrendo sua concreção, ou seja, “- dada a não prestação, deve ser a sanção; - dado o fato temporal, deve ser a prestação”. (VASCONCELOS, 2002, p. 80).

Apesar de refutar com veemência da Ciência do Direito todas as considerações filosóficas de caráter valorativo, Kelsen, no final de sua obra, se vê forçado a admitir sua necessária existência no mundo jurídico, como forma de ser possível uma cognição do Direito, mediante a lógica transcendental de Kant. Considera, assim, a Norma Hipotética Fundamental, componente primordial de sua Teoria Pura do Direito, como uma doutrina do Direito Natural, como se observa na seguinte transcrição do ilustre jurista:

[...] a norma fundamental foi aqui descrita como a pressuposição essencial de qualquer cognição jurídica positivista. Caso se deseje considerá-la como elemento de uma doutrina de Direito natural, a despeito de sua renúncia a qualquer elemento de justiça material, pouca objeção se pode fazer; na verdade, tão pouca objeção quanto se pode opor caso se queira chamar metafísicas as categorias da filosofia transcendental de Kant, por não serem elas dado da experiência, mas condições da experiência. O que está envolvido, simplesmente, é, lá, um mínimo de metafísica, e aqui, de Direito natural, sem os quais não seria possível nem uma cognição da natureza, nem do Direito. [...] a teoria da norma fundamental pode ser considerada uma doutrina de Direito natural em conformidade com a lógica transcendental de Kant (KELSEN, 1995, p. 425/26).

2.2.2 Positivismo Jurídico na Escola Centrada na Aplicação do Direito

Para os teóricos desta escola os processos interpretativos do Direito efetuados pelos tribunais e pela administração pública, são decisivos e imprescindíveis, pois, estes órgãos responsáveis pela aplicação do Direito, são os que na realidade concretizam o conteúdo legal, podendo neste processo, em algumas ocasiões, alterar seu sentido literal. Sob este prisma, seus doutrinadores abordam o Direito através de uma perspectiva antiformalista, na qual o que interessa é a realidade resultante de sua aplicação; diferentemente dos defensores do positivismo focado na legislação, que se interessam basicamente pelo conteúdo formal escrito nos diplomas normativos, onde a vontade do legislador, é tida como a vigamestre do sistema jurídico, colocando em primeiro lugar a segurança jurídica oriunda da adequação das decisões judiciais à letra da lei, devendo assim o seu aplicador se inclinar diante da soberania da vontade geral, dada a conhecer pela legislação; sendo por isso

qualificados, pelos juspositivistas antiformalistas, como operadores de uma lei morta, estática. (SABADELL, 2002; PERELMAN, 1998).

Esta escola reflete uma “[...] revolta contra uma análise do sistema jurídico que insista na letra da lei e nas construções formais sobre a validade do direito. (SABADELL, 2002, p. 37).

Dentre as teorias positivistas defensoras da abordagem antiformalista do Direito, merece destaque a que se refere à *Jurisprudência dos Interesses*, pois exprime de forma lapidar tal forma de enfoque, pelo que é a seguir examinada na figura de seu doutrinador mais eminente.

Jurisprudência dos Interesses

Philipp Heck

Na visão deste doutrinador, todo caso jurídico é constituído por um choque de interesses, em qualquer nível (religioso, material, ético,...), desta forma, a correta aplicação do Direito ao caso concreto deve, inevitavelmente, fundar-se numa ponderação desses interesses conflitantes na querela. Além disso, é preciso que o processo interpretativo utilizado na concreção jurídica observe o conteúdo legal, atuando o juiz como um coadjuvante do legislador, estando subordinado à sua intenção. (SABADELL, 2002).

Esta teoria atribui ao magistrado um significativo espaço concernente à hermenêutica jurídica, pois compreende que a literalidade legal (mundo do dever ser) não comporta solução única para o caso, na medida em que não pode prever soluções explícitas para todas as suas infindáveis possibilidades (mundo do ser). Assim, o juiz “[...] deve entender quais são os interesses em jogo, no caso em concreto, e oferecer uma solução que seja conforme ao espírito e à finalidade da lei” (SABADELL, 2002, p. 38).

Maria Helena Diniz, traduz de forma irreprochável a competência atribuída ao magistrado pela teoria da *Jurisprudência de Interesses*, ao verberar:

A Jurisprudência de interesses não confina o juiz a mera função cognoscitiva, permite que ele construa novas normas para as situações não previstas, mediante o emprego da analogia, que todavia não se apóia sobre a literalidade de um texto, mas na valoração de interesses que inspirou aquele dispositivo, e que corrija as normas deficientes. O juiz é, portanto, um eficaz auxiliar do legislador. (DINIZ, 2005, p. 69)

Complementando esta concepção, Perelman assevera:

O juiz possui, a este respeito, um poder complementar indispensável que lhe permitirá adaptar a lei aos casos específicos. Se não lhe reconhecessem tal poder, ele não poderia, sem recorrer a ficções, desempenhar sua missão, que consiste no solucionamento dos conflitos: A natureza das coisas obriga a conceder-lhe um poder criativo e normativo no domínio do direito. (1998, p. 203).

Embora os defensores desta escola atribuam aos julgadores flexibilidade ao decidir uma lide, eles devem ater-se à lei, mediante uma obediência inteligente consubstanciada na consideração da situação social ao tempo da sentença. Noutros termos, o magistrado ao aplicar a lei ao caso concreto que lhe é submetido, deve realizar sua atualização, preocupando-se com as peculiaridades da realidade social decorrentes dos conflitos intersubjetivos das necessidades humanas.

Neste sentido, Arnaldo Vasconcelos em sua obra: Teoria da Norma Jurídica, esclarece,

A concreção não se repete em termos absolutamente iguais, por isso não se automatiza. Contempla-se o fenômeno da divergência e da renovação jurisprudencial. Por essa via, começa o Direito a se reformar, revitalizando-se. [...] o dinamismo do Direito que, por exigência social inarredável, não pode ficar contido em fórmulas rígidas, desmobilizado. O Direito, pois, está sempre sendo e refazendo-se, posto que o próprio fato de concretizar-se requer desenvolvimento e atualização. (VASCONCELOS, 2002, p. 27).

2.3 Diferença sintética entre as Doutrinas Jusnaturalistas e Juspositivistas

Com vistas ao antes estudado, pode-se afirmar resumidamente, que as Escolas defensoras do Direito Natural, também denominadas Moralistas, apresentam uma doutrina fundamentada na crença da existência de princípios superiores, advindos de leis naturais, eternas e imutáveis, que não possuem um caráter histórico e não resultam de um fenômeno político, sendo aplicáveis a todos os homens, disciplinando e fundamentando o Direito Positivo. Tais normas se originam ou procedem da *ordem natural*, de *Deus* ou da *razão*

humana, dependendo da concepção aceita na gênese normativa, respectivamente, cosmológica, teológica ou antropológica.

Já para as Escolas Juspositivistas, que atingiu seu ápice em Hans Kelsen, o Direito é concebido como expressão de sua própria materialidade, considerando-o como um conjunto de leis postas, hierarquicamente organizadas, pleno e emanado do Estado, decorrente da vontade política mutável, sendo o produto histórico de uma específica sociedade; obrigatório e válido, independentemente de seu conteúdo moral.

3 TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E DOGMÁTICA JURÍDICA CLÁSSICA, DIREITO PÓS-POSITIVO, PERMANÊNCIA DO DIREITO NATURAL

3.1 Teoria Crítica do Direito e Dogmática Jurídica Tradicional

De conformidade com o examinado no capítulo anterior, sob o tópico: Escola do Direito Natural Racional, em sua parte conclusiva, a doutrina jusnaturalista racional, que estabeleceu as bases do iluminismo e do movimento revolucionário francês, mediante a premissa na qual “[...] a razão é o caminho da justiça, o domínio da inteligência sobre os instintos, interesses e paixões” (BARROSO, 2001, p. 4), compreendia o Direito Natural como um “código completo de regras jurídicas racionais a serem copiadas ou transpostas para a forma escrita pelo Legislador” (MAGALHÃES FILHO, 2006, p. 215), pois representavam o Direito Ideal.

Com o advento da Revolução Francesa, seguindo os ideais dos teóricos do Direito Natural Racional, ocorreu a feitura do almejado código, sob a concepção de que seria a projeção concreta, positiva, daqueles preceitos jurídicos racionais advindos do *Jusnaturalis*, decorrendo deste pensamento a exaltação das inabaláveis virtudes da lei, traduzidas no fetichismo legal. (MAGALHÃES FILHO, 2006), pois:

A crença de que o Código era a projeção escrita e completa do sistema de regras jurídicas racionais do Direito Natural fez com que se atribuisse ao Código as características antes imputadas ao Direito Natural Racional. Assim, a lei codificada era considerada completa, e seu sentido correto seria o literal. (MAGALHÃES FILHO, 2004, p. 45).

Em decorrência deste entendimento, através da tendência oriunda da técnica de codificação, onde as normas se agrupam e organizam de forma sistemática em torno de específico objeto (BARROSO, 2001), verifica-se a identificação entre o Direito e a lei, utilizando-se a norma positiva como sinônimo de justiça, pois, de acordo com o pensamento então dominante, as normas justas oriundas do Direito Natural foram incorporadas ao ordenamento jurídico positivo. (MAGALHÃES FILHO, 2004). Como resultado desta compreensão errônea, ocorre a superação do Jusnaturalismo, principalmente por duas razões básicas:

[...] se o Direito Natural estivesse totalmente no Código, ele já não seria mencionado de modo distinto, já que todas as suas proposições estariam contidas no Código. Em segundo lugar, observa-se que as falhas e lacunas do Código, assim como sua posterior desatualização, contribuíram para um descrédito teórico com respeito à idéia de Direito Natural, inadequadamente apresentada pelo racionalismo. (MAGALHÃES FILHO, 2006, p. 216).

Consoante o entendimento de Wolkmer (1989), como consequência deste processo multifacetado, opera-se a incontestável supremacia do Positivismo Jurídico, que desconhecia qualquer direito que não o posto. A ascendente classe burguesa, vitoriosa na Revolução Francesa, necessitava de um Direito que a mantivesse no poder e que o justificasse, se apega, então, ao instrumental jurídico positivo que traduz seus interesses. A burguesia que chegou ao poder utilizando-se das ferramentas revolucionárias do Direito Natural, deste se afasta e renega, em virtude de sua característica intrínseca: eterno contestador enquanto desempenha a função de regra de crítica jurídica, servindo ao mesmo tempo como método de conhecimento e paradigma ao Direito Positivo (VASCONCELOS, 2002).

Desta forma,

[...] houve um declínio para uma narrativa conservadora e dogmática. [...] essa narrativa visava à justificação da ordem social que se instalava. Esse novo modelo estava construído de forma abstrata e dogmática, pois tinha como único objetivo à justificação da ordem social. Foi dessa forma que o positivismo através da dogmática, serviu de instrumento para justificar o poder e garantir a ordem de uma nova classe que havia chegado ao poder. A burguesia não podia correr o risco de que todo o seu esforço para transformar-se em classe hegemônica, viesse por água abaixo. Dessa forma positivaram as leis e fizeram do aparato do estado o executor de interesses próprios (WOLKMER, 1997, p. 227).

Assim, a lei, norma positivada, passa a ser entendida como a manifestação maior da razão, considerando-se a *dogmática jurídica* como fonte do domínio axiomático da segurança e da estabilidade jurídicas, sendo o Estado a origem unitária do poder e do Direito, este compreendido como pleno e auto-suficiente. (BARROSO, 2001).

Em nome da almejada segurança jurídica, que é colocada em primeiro plano, o Estado é tido como magistrado idôneo, atribuindo-se ao juiz a função da interpretação jurídica, enquanto revelada das verdades contidas nas molduras legais, não possuindo, assim, qualquer papel criativo. Não lhe é permitido aplicar critérios de justiça que lhe são próprios, para não violar, assim, o ideal conteúdo legal; é preciso que se balize pela intenção da vontade geral dada a conhecer pela lei. (PERELMAN, 1998).

Como resultante desta perspectiva clássica do Direito Positivo, pode-se citar as seguintes características, que traduzem o que se denomina de *Dogmática Jurídica Clássica*: caráter científico, uso da lógica formal, codificação normativa plena, pureza científica e neutralidade do intérprete.

Segundo Clève (1988), a dogmática jurídica precisava de uma revisão em seu conteúdo epistemológico, posto que se apresentava defasada com vistas à realidade social, havia a necessidade imperiosa de proceder-se a retomada de um questionamento a respeito da função do Direito nas sociedades modernas, à medida que o mesmo está eclipsado pelos conteúdos normativos que se sobressaem dos textos legais. Assim, é inevitável que sejam analisados, sob nova ótica, determinados conceitos que fundamentam uma visão lógico-formal dos conhecimentos jurídicos, oportunizando a reconfiguração ético-política que, indiscutivelmente, norteia a estrutura institucional da justiça, que, não apresenta tanta solidez, porque suas milenares colunas, sustentadas pelas teorias clássicas, com direcionamentos no direito romano, são revistas à luz de uma jusfilosofia contemporânea, que já não mais acredita em dogmas incontestáveis, que já não mais aceita, de modo, acrítico, os conteúdos epistêmicos do Direito.

Ao movimento que reúne os doutrinadores que questionaram a concepção jurídica tradicional (dogmática jurídica) atacando suas premissas fundamentais: cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade e completude; designou-se de *Teoria Crítica do Direito*.

Esta teoria se baseia no entendimento de que o fenômeno jurídico não cuida de fatos ordenados que independam da interferência do sujeito (juiz, legislador, doutrinador). Tal interação reflete, inevitavelmente, no processo do conhecimento, impregnando-o pelo subjetivismo: opiniões, preferências, interesses e preconceitos; desta forma comprometida está a pretensão positivista de *caráter científico do Direito*.

Nas palavras do Prof. Luís Roberto Barroso:

A teoria crítica, portanto, enfatiza o caráter ideológico do Direito, equiparando-o à política, a um discurso de legitimação do poder. O Direito surge, em todas as

sociedades organizadas, como a institucionalização dos interesses dominantes, o acessório normativo da hegemonia de classe. (BARROSO, 2001, p. 10).

Em segundo lugar, o pensamento crítico sobre o Direito, entende que ele não está contido unicamente na lei, esta compreendida como o reconhecimento Estatal (*estatalidade*) de existência do Direito, sua positivação. O Direito pode existir independentemente, o que obriga ao juiz, intérprete da lei, quando não encontre em sua letra morta a justificativa devida para realizar a Justiça, buscar sua fundamentação noutras fontes.

Em terceiro lugar, o criticismo jurídico não aceita a idéia Juspositivista da *completude legal*, de sua *auto-suficiência* e de sua *pureza*, pois, em qualquer ordenamento jurídico há lacunas e o estudo do sistema normativo “[...] não pode insular-se na realidade (sociologia do direito) e das bases de legitimidade que devem inspirá-lo e possibilitar a sua própria crítica (filosofia do direito)”. (BARROSO, 2001, p. 10). Dessa forma,

[...] a justiça deve ser buscada pelo intérprete, ainda quando não a encontre na lei. O estudo do sistema normativo (dogmática jurídica) não pode olvidar-se da realidade (sociologia do direito) e das bases de legitimidade que devem inspirá-lo e possibilitar a sua própria crítica (filosofia do direito). (VOLPE FILHO e SCAPIM, 2004, p. 08).

Em quarto lugar, as características positivistas da *neutralidade* e da *objetividade* (emprego da lógica formal), sob o prisma da crítica do Direito, são impraticáveis, uma vez que, a primeira exigiria do aplicador do Direito, uma separação total da questão a ser examinada, pressupondo que fosse um ser isento de subjetividade pessoal e das influências sociais,

[...] a Teoria Crítica do Direito clama por um intérprete consciente de suas circunstâncias, para conseguir aplicar o Direito de forma correta, não se apegando única e exclusivamente na lei, mas no problema que lhe é apresentado, levando sempre em conta a realidade social em que vive, pois assim, segundo o pensamento crítico, a aplicação do direito será mais justa. Para o pensamento crítico, o pensamento tradicional ao pregar que o Direito é racional, esquece seu lado prático, intuitivo e emocional, pois nem o Direito e nem as decisões jurídicas conseguem ser simplesmente racionais (VOLPE FILHO e SCAPIM, 2004, p. 09).

O pensamento crítico não aceita a afirmação de que o Direito tem um ser, seja cultural ou ideal, apto a constituir um objeto do qual o sujeito que o conhece se aparta. O Direito, na verdade, é permanentemente constituído pela experiência social à medida que os conflitos sociais se problematizam, fazendo surgir assim as respectivas soluções normativas. O jurista precisa inserir-se na sociedade para entender que o Direito não é apenas àquele da benção estatal. O direito deve ser identificado com o bem comum, com a justiça e a igualdade, não devendo ser

utilizado como artifício pelas classes dominantes (VOLPE FILHO e SCAPIM, 2004, p. 08). ;

a segunda característica obrigaria a utilização de princípios, regras e conceitos de validade geral, o que pragmaticamente não existe, pois, o conhecimento é advindo da interpretação pessoal do sujeito, ou seja, a mesma lei aplicada a um caso concreto, por dois intérpretes, poderá resultar em possibilidades interpretativas diversas. (BARROSO, 2001). Nesta linha de pensamento:

Pelo que se observa, as propaladas estabilidade e segurança da própria norma escrita são relativas, porque, em verdade, o que se aplica é a interpretação normativa, e nunca a norma em seu presumível e problemático significado original. Ou melhor, suas reinterpretações, dado que interpretada ela já o foi, quando de sua criação. (VASCONCELOS, 2002, p. 27).

Enfim, a Teoria Crítica do Direito, que se alicerçou numa visão pluralista do Direito, fomentou sua análise crítica criando uma alternativa viável para que sejam articuladas novas perspectivas no que diz respeito à dogmática jurídica, objetivando a desmistificação dos pressupostos ideológicos presentes no arcabouço da legalidade positivista, alienante e excludente, apresenta-se como uma ciência social revolucionária, enquanto instrumento das transformações políticas imprescindíveis ao resgate da dignidade do homem; influenciou de forma decisiva o surgimento de uma geração de operadores do Direito (juízes, juristas, advogados, promotores) menos dogmática e mais aberta a concepções teóricas diversas, menos formalista e sem tanto compromisso com a tradição (*status quo*), imbuída do ideal de justiça, acima do meramente legal. Ela, portanto, renega a doutrina positivista, legalista e estatizante do Direito, enquanto resultante da “vontade arbitrária de um poder soberano, que nenhuma norma limita e não é submetido a nenhum valor”. (PERELMAN, 1998, p. 96).

Neste sentido:

Dessa maneira, faz-se imprescindível a tomada de consciência na percepção de uma abordagem dialética que articule, portanto, o trânsito entre o discurso teórico e a prática jurídica. Sobremodo, envolve a constatação da impraticabilidade de uma ciência jurídica neutra, que expulsa de suas concepções a questão axiológica (WOLKMER, 1995, p. 31).

[...] considerando a opção por um Pluralismo que denomina de novo pluralismo jurídico, à medida que o compreende como um pluralismo comunitário-participativo, ressignificado numa matriz democrática e aberta, que ousa priorizar a direta participação dos sujeitos sociais na regulação das instituições-chave da Sociedade e

possibilitando que o processo histórico se encaminhe pela vontade e controle das bases comunitárias (WOLKMER, 1997, p. 69).

3.2 Direito Pós-positivo

Como analisado anteriormente, a dogmática jurídica positivista cujo único objetivo era a justificação da ordem social, mediante a defesa extremada da *segurança* e da *estabilidade jurídicas*, sempre colocadas em primeiro plano, foi erodida pelas argumentações indefensáveis da Teoria Crítica do Direito que, uma a uma, derrubou todas as suas premissas fundamentais: cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade e completude. A estrutura institucional da justiça necessitava de urgente revisão, posto que se apresentava defasada frente à realidade social, ou seja, a concepção juspositivista já não bastava para exprimir o Direito enquanto fenômeno social. (BARROSO, 2001)

Apesar desta constatação peremptória, o caráter científico estava impregnado no mundo jurídico, não sendo, por isso, aceitável por seus operadores que se voltasse à utilização dos fundamentos da razão subjetiva jusnaturalista, por serem vagos e abstratos, conducentes ao retorno à insegurança jurídica. Desta forma, com o intuito de superação do conhecimento jurídico formal, até então vigente, surge o Pós-positivismo, “[...] designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais” (BARROSO, 2001, p.19), com a preocupação de reinserção no fenômeno jurídico dos preceitos da Justiça e Legitimidade.

No pós-positivismo constata-se esta nova reflexão acerca do Direito e sua função social, mediante a consideração dos princípios e das regras jurídicas, que representou uma teoria dos direitos fundamentais, voltando-se, sob a perspectiva ética, a colocar o ser humano como fim e não meio do Direito, resgatando a sua humanidade, dando-lhe dignidade. Tal abordagem significou o que os estudiosos denominaram de virada kantiana.

Na concepção pós-positivista, verifica-se o retorno da ética ao mundo do Direito, através da materialização dos valores advindos da Filosofia, transformando-se em princípios, tais como: o da razoabilidade (controle da discricionariedade legislativa e administrativa), da dignidade humana (integridade moral do homem) e do acesso à justiça (exigibilidade e

efetivação dos direitos); que se incorporaram ao ordenamento positivo de forma explícita ou implícita, mas sempre com foco em sua necessária evolução para acompanhar a cinética social que se apresenta em constante mutação. Tais princípios “vindos dos textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do Direito” (BARROSO, 2001, p. 20), a novidade trazida com o pensamento pós-positivista é o fato de que na atual dogmática jurídica, eles têm o reconhecimento de sua normatividade, possuindo, assim, observância obrigatória.

Nas bem lançadas palavras de Tovar:

[...] os princípios jurídicos, sob qualquer prisma que lhe seja atribuído o enfoque, ganharam, ou melhor, tiveram reconhecido seu intenso grau de juridicidade. Ou seja, deixaram de desempenhar os princípios um papel secundário, para passar a cumprir o papel de protagonistas do ordenamento, ganhando, nessa medida, o reconhecimento de seu caráter de norma jurídica potencializada e predominante. (2005, p. 2).

Referidos princípios, recepcionados pela Magna Carta, sendo por isso nominados de constitucionais, representam a identidade da sociedade, seu “código genético”, ou seja, sua ideologia, seu leme. Desempenham a função precípua de conceder *harmonia* e *unidade* ao corpo legal, integrando-o e resolvendo seus conflitos normativos. Na esteira deste entendimento, consoante Barroso (2001), lhes são atribuídos as seguintes funções: *condensador de valores*, *elemento de unidade ao sistema jurídico* e *guia condicionador da hermenêutica*.

Para que os princípios pudessem, através da visão pós-positivista, adquirir a qualificação de normas jurídicas foi necessário a superação da compreensão positivista de que eles não passariam de uma dimensão exclusivamente valorativa, ética, não possuindo aplicabilidade ao mundo jurídico do “dever-ser”, portanto, sem eficácia. Devido a esta nova abordagem, passaram a ser admitidos no Direito duas espécies do gênero norma, a saber: os *princípios* e as *regras jurídicas*, sendo estas as únicas admitidas pelo Positivismo; a primeira espécie é portadora de um conteúdo axiológico, ético, possuindo alto teor de abstração e desempenhando um papel mais destacado no sistema normativo, posto que voltado para a sua harmonia e unidade; já a segunda, apresenta uma prescrição objetiva e com incidência restrita à respectiva situação que se dirige, de forma direta e automática, gerando seus efeitos.

Em conseqüência do status atual que os princípios ocupam na moderna hermenêutica¹, que é a interpretativa constitucional, consistente na garantia de uma visão unitária e coerente do ordenamento supremo (constituição) e de toda a ordem jurídica, através da utilização da ponderação axiológica dos princípios para resolver os conflitos entre as normas; sua violação é considerada muito mais grave do que o descumprimento de uma regra legal, pois traduz uma agressão ao sistema normativo como um todo, na medida que representa uma insurgência contra seus valores fundamentais. (MELLO, 1980).

No Juspositivismo, os princípios possuíam apenas uma função subsidiária, sendo utilizado como ferramenta antilacunas, para que o dogma da completude legal, que era vital para esta doutrina, não ruísse. (TOVAR, 2005). Desta maneira objetivavam garantir a inteireza dos textos legais.

Na Teoria Pós-positivista os princípios são vetores originários de adequação, interpretação e concretização de um sistema jurídico, devendo intervir nas normas hierarquicamente menores, para delas extrair o seu verdadeiro sentido e alcance, como garantidora dos direitos sociais do ser humano; neste entendimento constituem uma espécie de normas jurídicas vinculantes. Segundo Carraza, o princípio pode ser entendido como, “[...] um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito; por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”. (1998, p. 31).

Assim, resumidamente, como encerramento deste tema deve-se mencionar que o Pós-positivismo representa uma teoria de total superação ao Juspositivismo, através do reconhecimento e utilização dos valores representativos de uma sociedade, em um determinado período histórico, mas, como o positivismo Jurídico, não recorre às idéias metafísicas ou abstratas do Jusnaturalismo. Referidos valores compõem o arcabouço jurídico, de forma explícita ou implícita, recebendo a denominação de princípios. Estes

¹ A Moderna Hermenêutica se contrapõe à Hermenêutica Jurídica Clássica, que é metodológica e científica, fechada e muito técnica, que recebe “contribuições do pensamento teológico de Ihering e de diversas escolas sociológicas do Direito” (MAGALHÃES FILHO, 2003, p. 11)

consubstanciam a espinha dorsal do sistema normativo, sintetizando seus valores e concedendo-lhe unidade e harmonia, por isso, condicionam a atividade dos hermenutas.

Apesar desta unidade e harmonia, o ordenamento normativo é pluralista e dialético, “[...] permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central” (BARROSO, 2001, p. 21), o que pode ocasionar, num caso concreto, choque de princípios que as vezes se antagonizam, como os princípios da *liberdade de expressão* e o de *privacidade*, o de *propriedade* e sua *função social*; tais confrontos são resolvidos mediante a ponderação dos valores envolvidos, para se chegar à solução que melhor contemple o ideário constitucional para a situação verificada. Tal apreciação tem de considerar o fato, o valor e a norma, numa abordagem não formalista, que possa representar a solução justa, sempre tendo o homem como fim e não meio do sistema jurídico.

3.2 A Permanência do Direito Natural

Quando na visão da teoria do Juspositivismo, se quis limitar o Direito, por inteiro, à sua expressão codificada, positiva, constatou-se a evidente desconexão entre este e a realidade social em constante evolução, o que revelou a negação do princípio positivista da plenitude legal. Para se remediar tal falha doutrinária, os teóricos do Direito Positivo admitiram a existência de lacunas no sistema normativo, mais estas seriam resolvidas por meio do alargamento lógico do conteúdo das leis, mediante a utilização da analogia, que se baseava num critério axiológico, a saber, o princípio da igualdade jurídica, pois, somente uma avaliação valorativa poderia estabelecer a presença de condições que justificassem sua utilização. Em tempo, a analogia, segundo Magalhães Filho, é a “semelhança fundamental entre os casos e identidade de razão”. (2006, p. 19).

A Ciência do Direito, consoante Magalhães Filho (2006), precisa alicerçar-se no entendimento que se ocupa do objeto norma, enquanto fenômeno integrativo dialético do fato (elemento sociológico) e do valor (elemento filosófico). Assim, “Se a ciência é conhecimento do geral, então uma ordem valorativa metapositiva, universal e permanente (*Jusnaturalis*), é necessária para dar uma relativa perenidade e uniformidade aos diversos ordenamentos

jurídicos, garantindo a possibilidade de uma ciência do Direito”. (MAGALHÃES FILHO, 2006, p.30)

Ainda, de acordo com o ensinamento do mesmo pesquisador, que citando o entendimento de Norberto Bobbio, afirma que referidas lacunas decorrem, “[...] da inexistência de uma regra fixa que determine quando se utilizará a norma geral exclusiva (*tudo que está regulamentado presume-se permitido*) ou a norma geral inclusiva (*a que admite a lacuna e autoriza a utilização de meios de integração*)” (MAGALHÃES FILHO, 2006, p. 19), para ele é exatamente neste ponto que se constata uma das formas de manifestação e utilização do Direito Natural, enquanto critério valorativo orientador do magistrado que, ao aplicar a norma ao caso concreto, desempenha sua inerente função de hermeneuta.

Uma segunda ocasião, consoante Magalhães Filho (2006), em que se verifica a atuação inevitável do *Jusnaturalis*, é no que concerne às antinomias insolúveis entre os princípios de mesma hierarquia, como os constitucionais, onde a solução não pode ser encontrada através de implementação dos critérios técnicos de prevalência, a saber: hierárquico, cronológico e da especialidade; somente pelo escrutínio axiológico poder-se-á, através da ponderação de valores, determinar qual princípio prevalecerá no caso concreto.

Neste sentido:

[...] não podendo o juiz suprimir um princípio em face de outro, terá, então, de realizar uma ponderação axiológica entre eles, atribuindo a um princípio maior peso ou relevância que a outro, através de uma decisão que vai hierarquizá-los. Essa atribuição de peso diferente aos princípios no caso concreto é variável de acordo com a situação fática, daí por que se pode continuar a falar em nivelamento dos princípios no plano textual ou abstrato. (MAGALHÃES FILHO, 2004, p. 90).

A existência e aplicabilidade efetiva do Direito Natural como padrão e justificação do ordenamento jurídico positivo, é flagrante e irrefutável, haja vista que o mais eminente representante da Teoria Juspositivista, Hans Kelsen, onde o monismo atingiu sua mais alta concepção doutrinária e o formalismo seu apogeu, no final de sua obra, na sua maturidade como jurista, se viu forçado a admitir a sua imprescindível presença ao asseverar que a norma hipotética fundamental, que é uma “pressuposição essencial de qualquer cognição jurídica

positivista” (KELSEN, 1995, p.425), era uma doutrina de Direito Natural, segundo o pensamento transcendental de Kant.

Dessa forma, o Direito Natural, por meio de sua característica permeabilidade dialética, apresenta diversas formas de atuação no sistema normativo positivado, como: ao se admitir a analogia como forma de preencher suas lacunas, pela utilização das normas implícitas; no uso da equidade nos julgamentos; na aplicação dos princípios gerais do Direito; através dos costumes; pela aplicação de novas doutrinas que revigoram antigas normas. Assim, o *Jusnaturalis*, que se traduz como norma ideal, abstrata, metafísica, desempenha o papel de regra de crítica jurídica, servindo como método de conhecimento e modelo do Direito Positivo, possui a missão de realizar a justiça, por vezes inatingível, mais sempre buscada. (VASCONCELOS, 2002).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mundo jurídico está passando por uma fase de transição, já há bastante tempo, onde os antigos paradigmas, Jusnaturalismo e Positivismo, de *per si*, já não são suficientes para responder às necessidades da sociedade em constante transformação.

Como analisado, o Jusnaturalismo alcançou seu apogeu mediante a doutrina da Escola Racional do Direito Natural, na qual entendia-se o mesmo como sendo um conjunto pleno de regras jurídicas abstratas, originadas na razão humana, assim compreendida como a faculdade de raciocinar e meditar do ser humano, capaz de determinar por si mesmo tais normas, para disciplinar sua conduta social. Tais leis naturais traduziam o Direito Ideal, por isso, deveriam ser obrigatoriamente recepcionadas pelo sistema jurídico positivo. Esta teoria, hegemônica em seu período, serviu de alicerce para os ideais da Revolução Francesa, que vitoriosa tratou da elaboração do almejado sistema legal sob a crença de que realmente seria a projeção efetiva dos ideais jusnaturalistas racionais, não havendo, assim, qualquer Direito Ideal que não houvesse sido contemplado em tal ordenamento. Este fato representou a superação histórica do Jusnaturalismo Racional, sendo por isso descartado do cenário jurídico.

Despontou neste momento o Juspositivismo como expressão monista do Direito, rejeitando quaisquer preceitos e avaliações de valor em defesa de sua neutralidade axiomática, posto que a norma jurídica positivada era obrigatória e válida, independente de seu conteúdo moral, ou seja, o Direito é expressão de sua própria materialidade coercitiva e concreta, onde sua validade e imputação se fundamentam no próprio ordenamento jurídico positivo, que possui como premissas: cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade e completude. Verifica-se a identificação entre o Direito e a lei, sendo a norma positiva sinônimo de justiça. A dogmática jurídica é tida como a fonte do domínio axiomático da segurança e da estabilidade jurídicas, sendo o Estado a fonte unitária do poder e do Direito. Esta teoria teve sua supremacia definitivamente abalada em virtude dos crimes praticados contra a humanidade durante a 2ª Guerra Mundial, acobertados pelo manto positivista da legalidade, onde se constatou que era imprescindível repensar o Direito, sua função nas sociedades modernas, para que se pudesse resguardar a dignidade humana de possíveis absurdos praticados em nome da lei, fria, meramente formal e indiferente à valores éticos.

Surge a Teoria Crítica do Direito, movimento que reuniu juristas questionadores da concepção jurídica tradicional (dogmática jurídica) atacando suas premissas fundamentais; alicerçando-se numa visão pluralista do Direito, mediante sua análise crítica apresentado uma alternativa viável à dogmática jurídica, objetivando a desmistificação dos pressupostos ideológicos presentes no arcabouço da legalidade positivista, visando a implementação das transformações necessárias ao resgate da dignidade do homem.

Como uma alternativa ao conhecimento jurídico positivo formal, em crise, emerge o Pós-positivismo, no qual se verifica uma preocupação no inter-relacionamento entre os valores, princípios e regras, condicionadores da nova hermenêutica, que representou uma teoria dos direitos fundamentais; com a preocupação de reinserção no mundo jurídico dos preceitos da justiça e da legitimidade.

Apesar do Pós-positivismo, impregnado pelo caráter científico, não aceitar a utilização dos fundamentos da razão subjetiva jusnaturalista, por os considerarem vagos e abstratos, conducentes ao retorno à insegurança jurídica, a existência e aplicação efetiva do Direito Natural como padrão e justificação do ordenamento jurídico positivo é notória, haja vista que o mais eminente representante da Teoria Juspositivista, Hans Kelsen, onde o monismo atingiu sua mais alta concepção doutrinária e o formalismo seu apogeu, no final de sua obra, na sua maturidade como jurista, se viu forçado a admitir a sua imprescindível presença ao asseverar que a norma hipotética fundamental, que é uma pressuposição básica de qualquer cognição jurídica positivista, era uma doutrina de Direito Natural, segundo o pensamento transcendental de Kant.

Dessa maneira, o Direito Natural, por meio de sua característica permeabilidade dialética, apresenta diversas formas de atuação no sistema normativo positivado, como: ao se admitir a analogia como forma de preencher suas lacunas, pela utilização das normas implícitas; no uso da equidade nos julgamentos; na aplicação dos princípios gerais do Direito; através dos costumes; pela aplicação de novas doutrinas que revigoram antigas normas. Assim, o *Jusnaturalis*, que se traduz como norma ideal, abstrata, metafísica, desempenha o papel de regra de crítica jurídica, servindo como método de conhecimento e modelo do Direito Positivo, possui a missão de realizar a justiça, por vezes inatingível, mais sempre buscada.

Diante desta realidade, defende-se a tese alicerçada no fato da existência do Direito Positivo e do Natural em consonância, onde o primeiro encontra no segundo, a solução para o conflito de normas e litígios existentes; e também na existência de uma lei natural que os homens respeitam, por ser formada por determinadas uniformidades na conduta humana e de uma força divina. É assim, um novo paradigma, dialético, plural, que busca acompanhar as profundas mudanças que a sociedade vêm sofrendo.

Os operadores do Direito tanto usam a norma escrita como os pressupostos éticos, morais e principiológicos, buscando não se limitar, em sua atuação, a seguir cegamente o Juspositivismo, nem exercer o Jusnaturalismo como único pressuposto de sua atividade; pois o Direito decorre da razão, seja posta, seja pressuposta, da qual se tira a conclusão de que o Positivismo Jurídico não implica na negativa do Direito Natural.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 04 de setembro de 2007.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

CHORÃO, Mário Bigotte. **Temas Fundamentais de Direito**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **O Direito e os direitos: elementos para uma Crítica do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2002.

GOUVEIA, Alexandre Grassano F. Direito Natural e Direito Positivo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6>. Acesso em: 04 de setembro de 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LISBOA, Ronaldo Senise. **Manual Elementar de Direito Civil**. Volume 1, São Paulo: RT, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: Lições Introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia Jurídica**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3.ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. **Teoria dos valores jurídicos: uma luta argumentativa pela restauração dos valores clássicos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

_____. **Hermenêutica Jurídica Clássica**. 2. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1980.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: nova retórica**. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

REALE, Miguel. **Direito Natural/Direito Positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Filosofia do Direito**. 9.ed., São Paulo: Saraiva, 1982.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma leitura externa do Direito**. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SÓFOCLES. **Antígona**. Porto Alegre: L&PM, 1999.

TEIXEIRA, António Braz. **Sentido e Valor do Direito: Introdução à Filosofia Jurídica**. Lisboa: IN-CM, 1990.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O papel dos princípios no ordenamento jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n.696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em: 24 de julho de 2007.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

VOLPE FILHO, Clovis Alberto; SCAPIM, Luciana de Oliveira. **Breves Considerações Sobre a Teoria Crítica do Direito**. Trabalho Acadêmico. Franca: Universidade de Franca, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 2. ed., São Paulo: Acadêmica, 1995.

_____. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 2. ed., São Paulo: Alfa-ômega, 1997.