

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DO JUSNATURALISMO AO JUSPOSITIVISMO:
UMA BREVE HISTÓRIA DO PENSAMENTO JURÍDICO**

Rodrigo Duarte Gigante

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DO JUSNATURALISMO AO JUSPOSITIVISMO:
UMA BREVE HISTÓRIA DO PENSAMENTO JURÍDICO**

Rodrigo Duarte Gigante

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Sérgio Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente/SP
2010

**DO JUSNATURALISMO AO JUSPOSITIVISMO:
UMA BREVE HISTÓRIA DO PENSAMENTO JURÍDICO**

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Sérgio Tibiriçá Amaral

Cláudio José Palma Sanches

Sandro Marcos Godoy

Presidente Prudente, 18 de outubro de 2010

O direito não é uma simples idéia, é uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do direito.

Rudolf von Ihering

Dedico este trabalho a todos aqueles que entendem pela importância e necessidade de se pensar o direito.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, encarecida e merecidamente,

A todos os que, direta ou indiretamente, contribuíram à feitura deste trabalho.

A todos os autores compulsados em minha pesquisa. Sem eles, este trabalho seria impossível.

Ao Professor Sérgio, meu orientador, pela proposição de um franco diálogo, desde as nossas primeiras conversas, pela confiança depositada neste projeto e pelo estímulo a pensar o direito.

À Selma, minha analista e parceira incondicional, por oferecer a base e a segurança necessárias ao meu processo de crescimento, além das racionais ponderações e do carinhoso acolhimento.

À Fernanda Polycarpo, essa linda, que, mesmo distante, sempre se fez tão presente, e ainda se faz, presentificando-se em minha vida, e sempre e ainda mais, na forma mesmo de um presente.

Ao meu irmão Alexandre, pela referência, tantas vezes em minha vida, e pelo *help* final.

Aos meus pais, pela minha criação e pelo auxílio, tão necessário, nesses últimos anos.

Aos meus colegas de classe preferidos: Cristiani, Leandro, Paulo e Renata, pelas estimulantes conversas acerca do direito e da vida, e também pela cumplicidade em todos os momentos.

Às Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, pela excelência dos serviços prestados.

A todos os professores, sem exceção, que contribuíram enormemente para a minha formação.

Em especial, aos Professores Cláudio e Sandro, por encaparem o projeto, dispondo de parcela de seus tempos, ao aceitarem meu convite para a composição da banca de avaliação.

A todos os funcionários, pela presteza, solicitude e simpatia no atendimento.

Aos meus companheiros de futebol, pelos tão necessários momentos de descontração.

E, finalmente, e em resumo, a todos aqueles que viram o artista-filósofo-promissor, onde tantos outros só puderam ver um músico-mercador-fracassado. Este trabalho é uma minha resposta.

RESUMO

Esta apreciação acadêmica objetiva uma investigação histórica acerca do pensamento jurídico. Mediatemente, busca também uma contextualização do Jusnaturalismo e do Juspositivismo, para efeitos críticos. A pesquisa foi exclusivamente bibliográfica e o método preponderante foi o histórico, muito embora também outros se façam presente. É que a história foi utilizada como um mero instrumento do pensar. Sob essa perspectiva, partiu-se da genérica conceituação acerca das duas grandes correntes do pensamento jurídico supracitadas, confrontando-as. Em seguida, enveredou-se pela trilha do percurso histórico. Já nesse intento, o trabalho foi dividido de acordo com as eras históricas. E o que se observou é que, no início mesmo da civilização greco-romana, direito e religião eram somente uma e a mesma coisa. À medida que se vai avançando no curso da Idade Antiga, mormente pelo advento da Lei das XII Tábuas e a atuação dos filósofos gregos e dos pretores romanos, o direito se vai, cada vez mais, emancipando. Nesse sentido, o cristianismo acaba sendo marco essencial ao nascimento do direito, uma vez que pregava a divisão entre as coisas do céu e as da Terra. Também se destacou a divisão entre direito positivo e direito natural levada a termo pelos antigos. No período da Idade Média, por sua vez, ressaltou-se a importância do Código de Justiniano, em plena consolidação do Direito Romano que lhe antecede, bem como em seu decisivo contributo ao direito atual. Além disso, observou-se também a tentativa de sobreposição da Igreja ao Estado, conceitualmente calcada nas doutrinas filosófico-cristãs medievais (a Patrística e a Escolástica), e alguns prenúncios da modernidade (tais como a atuação dos Gibelinos, dos Glosadores e a instituição da Magna Carta). Já na Idade Moderna, percebe-se que o direito vai recuperando, e ainda intensificando, a sua autonomia, devido ao desenvolvimento do antropocentrismo. Em consequência, as discussões político-jurídicas passam a recair agora sobre as relações entre governantes e governados, e não mais sobre as relações entre Estado e Igreja. Esta vai aos poucos sendo afastada daquela discussão. Nesse intento colocaram-se as doutrinas jusnaturalistas e as suas concepções de contrato social e de direito natural, que acabaram por instrumentalizar a Revolução Francesa, inauguradora da Idade Contemporânea. Nesse sentido, deu-se particular atenção à influência do pensamento iluminista nas primeiras declarações de direito. A partir de então, passa a reinar, quase que absolutamente, a doutrina do juspositivismo. Buscando a compreensão dessa passagem, foram analisadas as contribuições das correntes historicistas, a oposição que lhe fez o movimento codicista (em especial no tocante à aprovação do Código de Napoleão e à infrutífera tentativa de codificação na Alemanha) e também a essencial contribuição do utilitarismo inglês para o estabelecimento do juspositivismo. Findada, então, a parte histórica deste trabalho, foram retomadas as conceituações de jusnaturalismo e de juspositivismo, agora sob nova perspectiva, para efeitos críticos. Argumentou-se, pois, que o fundamento do direito jusnaturalista, em Deus, na natureza ou na razão, não se sustenta de forma alguma e diversos motivos foram apresentados. Por outro lado, argumentou-se também que os dogmas juspositivistas da onipotência do legislador, da completude do ordenamento jurídico e da estrita aplicação lógico-sistemática também não possuem mais razão de ser nos dias de hoje. Nesse sentido, conclui-se pela necessária incapacidade das duas correntes de dar o enfrentamento à questão da fundamentação do direito. Ao mesmo tempo acena-se com novas vertentes do pensamento jurídico, que buscam suprir tais limitações, seja pela via do aperfeiçoamento de uma delas, seja pela do parcial acolhimento de cada uma delas, mesclando-as, ou seja ainda pela via da sua dupla negação.

Palavras-Chave: Filosofia do Direito. História do Direito. Jusnaturalismo. Juspositivismo.

ABSTRACT

The purpose of this academic work is to accomplish a historical investigation of juridical thinking. At the same time, it also seeks a contextualization of Jusnaturalism and Juspositivism, for critical analysis. The research accomplished was exclusively bibliographic and the predominant method was historical, although other methods were also used. In the context, History was used as a mere instrument of thinking. From this perspective, this work started from the generic conceptualization of the two great lines of juridical thinking above cited, confronting them. After that approach, a historical timeline was followed. With this in mind, the work was divided according to historical ages. It was observed that, at the beginning of the greco-roman civilization, law and religion were intrinsically linked to each other. In the course of Ancient Times, especially with the advent of the Law of XII Tables and the performance of the greek philosophers and roman praetors, the law, more and more, emancipated itself. In this sense, Christianity turns out to be the touchstone for the birth of law, once it preached the division between the things of heaven and earth. Furthermore, the division between positive law and natural law carried to term by ancient people was very important. During the Middle Age, on the other hand, the importance of the Justinian Code was emphasized, in full consolidation of Roman Law which predates it, as well as its crucial contribution to modern law. Moreover, it was also observed the attempt of superposition of Church over the Estate, based on the medieval philosophical-Christian doctrines (the Patristic and the Scholasticism), and some harbingers of modernity (such as the performances of the Ghibellines, the Glossers and the institution of the Magna Carta). Once in the Modern Age, it was realized that law could recover itself, and even intensify its autonomy, due to the development of anthropocentrism. Consequently, the political and legal discussions occur now on the relations between governed and rulers, and no more between Estate and Church. This institution will slowly be removed from that discussion. With this intention, the jusnaturalist doctrines were developed, with their conceptions of social contract and natural law, which contributed to the French Revolution, inaugurating the Contemporary Age. In this line, particular attention was given to the influence of Enlightenment thinking in the first bills of rights. From then on, it will dominate, almost absolutely, the doctrine of juspositivism. To understand this passage, the contributions of historicist conceptions were analyzed, together with the opposition made by the coder movement (especially in relation to the sanction of the Napoleon Code and to the unsuccessful attempt of codification in Germany) and also the essential contribution of English Utilitarianism for the establishment of juspositivism. Once finished the historical part of this work, the conceptualizations of jusnaturalism and juspositivism were reviewed, now under this new perspective, for critical analysis. It was argued, therefore, that the foundation of jusnaturalist law, in God, in Nature or in reason, does not sustain itself in any way and several reasons are presented. On the other hand, it is also argued that the juspositivists dogmas of the omnipotence of the legislator, of the completeness of the juridical order and of the strict logic-systematic application of the law also do not make much sense today. In this direction, it was concluded that the two lines of thinking are incapable of completely solving the problem of the foundation of law. At the same time, new directions of juridical thinking are presented, that seek to overcome such limitations, either through the improvement of one of them, or through the partial acceptance of each, mixing them, or either through the negation of both.

Keywords: Philosophy of Law. History of Law. Jusnaturalism. Juspositivism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O JUSNATURALISMO E O JUSPOSITIVISMO	15
2.1 O Jusnaturalismo	17
2.2 O Juspositivismo	18
3 A IDADE ANTIGA	19
3.1 O Direito e a Religião	19
3.2 A Lei das XII Tábuas e o Código de Sólon	21
3.3 O Direito Natural na Filosofia dos Gregos	23
3.4 A Antígona de Sófocles	26
3.5 O Direito, os Deuses e o Estado	28
3.6 O Advento do Cristianismo	32
3.7 O <i>Jus Civile</i> e o <i>Jus Gentium</i>	33
4 A IDADE MÉDIA	36
4.1 O Código de Justiniano	37
4.2 A Patrística e a Escolástica	40
4.3 O Partido dos Guelfos e o Partido dos Gibelinos	42
4.4 Os Glosadores e a Dogmática Jurídica	43
4.5 A Magna Carta e os Direitos Fundamentais	44
5 A IDADE MODERNA	46
5.1 O Antropocentrismo Renascentista e o Direito	47
5.2 O Renascimento e o Moderno Pensamento Científico	50
5.3 O Estado: Governantes e Governados	52
5.4 A Doutrina do Contrato Social	53
5.5 A Moderna Concepção do Direito Natural em Grotius	55
5.6 O Contratualismo Absolutista de Hobbes	58
5.7 O Contratualismo Liberal de Locke	60
5.8 A Síntese de Puffendorf	62
5.9 O Deus dos Modernos	64

5.10 A exceção em Hume	67
5.11 O Advento do Iluminismo e a Contribuição de Vico	69
5.12 A Concretude Racionalista em Montesquieu	71
5.13 Rousseau: o Contrato Social por Natureza	73
5.14 A Moderna Filosofia de Kant	77
6 A IDADE CONTEMPORÂNEA	80
6.1 A Filosofia da Restauração	83
6.2 O Idealismo Subjetivo de Fichte e O Idealismo Objetivo de Schelling	85
6.3 O Historicismo Filosófico de Hegel	87
6.4 O Historicismo Juspositivista de Hugo	91
6.5 O Embate entre o Historicismo Jurídico de Savigny e o Codicismo de Thibaut	93
6.6 O Código de Napoleão e a Problemática das Lacunas Legais	99
6.7 A Escola da Exegese Francesa e o Pandectismo Alemão	103
6.8 O Utilitarismo de Bentham	106
6.9 A Síntese Juspositivista de Austin	109
6.10 O Nascimento do Juspositivismo	113
6.11 O Positivismo de Comte e as suas Influências no Direito	114
6.12 Ainda o Juspositivismo	118
7 PROPOSIÇÕES CRÍTICAS	120
7.1 Crítica ao Jusnaturalismo	122
7.2 Crítica ao Juspositivismo	129
8 CONCLUSÃO	136
9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	139

1 INTRODUÇÃO

A discussão acerca dos fundamentos do direito encontra-se em pleno descrédito. Em uma sociedade eminentemente prática e imediatista, não se quer perder tempo pensando. Assim, mesmo no âmbito acadêmico, casa por excelência do pensamento, é bastante comum que as pesquisas venham a privilegiar justamente esse viés prático e de aplicação imediata. Mormente no campo do direito. Parte-se, pois, em regra, de uma premissa qualquer, escolhida um tanto a esmo, meio a gosto do freguês, e sobre isso não se discute mais. A roda precisa girar. Para frente é que se anda, é de costume se dizer. O intento nem sempre é malévolo, é verdade, pois, em muitas das vezes, o que se busca é somente evitar a paralisia a que o pensamento de vagar pode concluir (ou não concluir). A luva não entra na mão, contudo, e essa crítica é bem melhor endereçada aos sonhos e às utopias. Não se aplica no âmbito de um pensamento que se propõe à seriedade e dedicação. Ademais, o inevitável risco do erro encontra-se a espreita em todos os lugares. Revela-se tanto na práxis quanto na teoria. E no direito não é diferente. Em sentido contrário, não obstante, pouco se apercebe que também muitas vezes se está a bater insistentemente a cabeça em uma parede demasiado dura, quando bem melhor seria a elaboração de um plano que pudesse de fato removê-la. Enxuga-se muito gelo, enfim, neste nosso mundo. Dessa forma, a aparência de se estar fazendo algo já é o suficiente para que se encoste a cabeça no travesseiro, de noite, e para que se durma tranquilamente, apesar de tanto barulho. Assim é, por consequência desse todo dito, que também o mundo jurídico padece dos mesmos males, somente que de maneira mais específica: fala-se muito do direito em si (leia-se leis) e da sua aplicação prática, mas muito pouco sobre o que o fundamenta ou lhe dá legitimidade (ou quaisquer outras questões que exijam tempo e paciente dedicação). E foi justamente pensando nisso que se empreendeu aqui esta busca histórica acerca do pensamento jurídico no decorrer dos séculos. O intento é eminentemente o de contextualizar o pensamento jurídico. É buscar o que foi pensado até agora sobre o direito, em busca de subsídios para o pensamento jurídico na atualidade. É preciso pensar o pensamento, afinal. A reflexão sempre foi essencial à evolução humana, e no âmbito do direito não é diferente. É preciso, pois, pensar o direito e pensar o pensamento jurídico. Isso porque a discussão é essencial ao direito mesmo e de nada adianta discutir *sobre* o direito em si, se não se discute sobre *o que é* propriamente o direito e, principalmente, o que o fundamenta, legítima. A tarefa é árdua e, sim, muitas vezes inglória. Isso, contudo, não deve servir para efeitos de dissuasão dessa tão necessária tarefa. E

nesse intento especulativo, várias perguntas podem surgir. Em que se fundamenta o direito (se é que se fundamenta em algo)? Porque são obedecidas (quando são) as regras de direito? Porque devem ser obedecidas (se é que devem) as regras de direito? O que, na origem da civilização, justificava o direito? O que passou a fundamentá-lo posteriormente e porque se deram tais mudanças? O direito carece de legitimidade? Se não, o que o legitima? Se sim, o que o legitimaria? É possível essa legitimação? Como é que é, enfim, de se pensar o direito? Existe uma forma para isso? Trata-se de um tema inesgotável, mas que nem por isso deve padecer pela falta de enfrentamento. E é claro que essas perguntas todas não serão respondidas neste breve trabalho de conclusão de curso de um acadêmico de direito. Talvez elas nem sejam de fato, algum dia, satisfatoriamente respondidas. Mas é no caminhar em direção a elas que se acaba por mover o mundo. É que muitas vezes, importa bastante mais o caminho que a própria meta.

Assim, buscando incentivar essa discussão, mesmo que de maneira limitada, sobre tema de tamanha importância, é que se enveredou por essa trilha do processo histórico do pensamento jurídico. Para tanto, utilizou-se do método histórico, principalmente, mas não se furtando, contudo, ao enfrentamento das indagações de outros cunhos, tais como o filosófico, o sociológico ou o jurídico, que por acaso se tenham ofertado à análise. Também é possível dizer que o método indutivo e o dedutivo são utilizados aqui. Isso porque parte-se da conceituação ampla e genérica de o que vêm a ser o jusnaturalismo e o juspositivismo, os dois grandes polos do pensamento jurídico, para depois buscar a sua observação no mundo factual da vivência histórica. Privilegia-se, nesse intento, o método dedutivo. Não obstante, após essa incursão histórica, volta-se ao tema inicial, referente às duas correntes supracitadas, para efeito de observação crítica das mesmas. Assim, privilegia-se agora, o método indutivo. Por fim, ao acenar com as tentativas de superação dessa contradição entre essas escolas do pensamento jurídico, utiliza-se também do método dialético, em tentativa de busca por uma síntese entre a tese jusnaturalista e a antítese juspositivista. Tampouco o método comparativo fica de fora desta preleção, pois que as diversas correntes e pensamentos individuais serão, a todo o momento, colocadas lado a lado, buscando-se os seus pontos de contato e de contrariedade. É que, hodiernamente, a pluralidade metodológica é uma realidade indeclinável no âmbito da pesquisa acadêmica. Também no direito. Sobre isso, observa Miguel Reale (2009, p. 84):

Hoje em dia, não tem sentido o debate entre indutivistas e dedutivistas, pois a nossa época se caracteriza pelo *pluralismo metodológico*, não só porque indução e dedução se completam, na tarefa científica, como também por se reconhecer que cada setor ou camada do real exige o seu próprio e adequado instrumento de pesquisa. No que se refere à experiência do Direito o mesmo acontece.

Não obstante, é de se afirmar que o método preponderante é mesmo o histórico. Entende-se pelo acerto do pensamento de Comte (1978, p. 3) quando afirma que “[...] uma concepção qualquer só pode ser bem conhecida por sua história”. Ou ainda que “[...] não conhecemos completamente uma ciência se não conhecemos sua história” (COMTE, 1978, p. 29). Isso tudo, em especial, no tocante “[...] ao estudo dos fenômenos sociais, que trata do desenvolvimento geral da humanidade, em que a história das ciências constitui a parte mais importante, embora até aqui a mais negligenciada” (COMTE, 1978, p. 29). Muito embora também seja necessário ressaltar que não se trata aqui de uma história qualquer, mas, sim, uma história da filosofia do direito. Afinal, o próprio intento final dessa incursão é também de cunho filosófico, conforme já se observou. Não se está a propugnar aqui, contudo, uma filosofia da história do direito, nos moldes hegelianos. É que, para Hegel (1999-B, p. 16), “[...] em geral a filosofia da história nada mais significa do que a sua observação refletida”, já que a história possui um sentido racional, pois dotada de Espírito. O assunto, contudo, será mais adiante retomado. Mas é de se deixar claro, desde já, que não é esse o intento. Em comentário sobre o assunto, Bobbio (2004, p. 67), infirma que, “hoje, a Filosofia da História é considerada uma forma de saber típica da cultura do século XIX, algo já superado”. O que se busca, portanto, enfim, é uma história do pensamento jurídico, enquanto embasamento para proposições filosóficas. A filosofia é pertencente ao âmbito da cultura, é artifício humano, e não se encontra presa a uma necessidade histórica. Entende-se que a história não tem um curso necessário ao qual se devem adequar os homens, mas, sim, que são os próprios homens é que fazem esse curso, por meio das suas escolhas. A observação da história, portanto, serve, não para buscar-lhe o sentido, mas, sim, como maneira de se averiguar como os homens a fizeram no passado. Se a história não determina o pensamento jurídico, por outro lado, é instrumento de grande valia ao exercício da razão. É nesse sentido que Bobbio (2004, p. 44) afirma que:

O problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios. Isso significa que o filósofo já não está sozinho. O filósofo que se obstina em permanecer só termina por condenar a filosofia à esterilidade.

Estes os termos, pois, em que se coloca a presente apreciação acadêmica. Em resumo, pode-se dizer que a história foi utilizada enquanto instrumento da filosofia. O mesmo

se dá com os demais métodos utilizados. A pesquisa foi exclusivamente bibliográfica e privilegiou as obras que versam sobre a inserção histórica do pensamento jurídico e também aquelas que lá foram produzidas, pelos pensadores e viventes de outrora. Seu objeto: toda e qualquer conceituação ou abordagem, seja ela analítica ou crítica, de cunho histórico, filosófico, social ou jurídico, e que trate do tema-alvo da presente pesquisa científica, que se descortina desde já, a saber, o direito enquanto pensamento. Assim, o objetivo imediato é compreender melhor o que se entende, e se entendeu no curso da história, por jusnaturalismo e juspositivismo, para efeitos de clareamento da discussão sobre o assunto. Também se busca especificar os pontos favoráveis e contrários das duas correntes, contribuindo dessa forma, ainda que modestamente, para a superação do impasse em que parece se colocar o pensamento jurídico na atualidade. De maneira mediata, acaba por propiciar também uma maior clareza de pensamento acerca do direito, contribuindo assim também para a sua cotidiana aplicação.

O caminho percorrido, buscando realizar o intento inicial desta preleção, foi assim. Primeiramente, procedeu-se a uma análise sobre o que se entende por jusnaturalismo e por juspositivismo. Iniciou-se pela conceituação dessas duas grandes correntes doutrinárias, de maneira a confrontá-las, para, logo em seguida, estabelecer as suas individuais concepções. Num segundo momento, iniciou-se então o percurso histórico. De pronto, abordou-se o período da Antiguidade, desde a fundação de Roma até o pleno estabelecimento do *Jus Gentium*. Durante esse caminho, foram abordados: 1) A estreita relação entre direito e religião no direito primitivo, bem como as características deste último; 2) A vigência da Lei das XII Tábuas e do Código de Sólon, bem como as alterações sociais que as propiciaram e também as que essas leis engendraram; 3) A Filosofia Grega e as suas concepções acerca do direito, em especial o direito natural em Aristóteles; 4) A Antígona de Sófocles e a sua problemática acerca da divisão entre direito natural e direito positivo; 5) As relações entre os deuses da natureza, o direito e o Estado, contrapondo a visão dos Estóicos e de Epicuro à concepção da Filosofia Grega Clássica; 6) As transformações sociais ocorridas em relação ao advento do cristianismo, em especial pela sua influência nas questões de Estado e no próprio direito; e, por fim, 7) A evolução interna do Direito Romano, privilegiando-se a passagem do sistema do *jus civile* para o do *jus gentium*. Dando continuidade a esta análise de descortino histórico, enveredou-se pela senda medieval, desde os antecedentes da feitura do Código de Justiniano até os primórdios do Renascimento europeu. Em meio a estes marcos, foram destacados: 1) A importância, os antecedentes, a estrutura e os efeitos do Código Justiniano; 2) As doutrinas da filosofia cristã, a Patrística, em Santo Agostinho, e a Escolástica, em Santo Tomás de Aquino, e as suas concepções acerca das

relações entre Estado, Igreja e o direito; 3) A oposição política entre guelfos (pró-Igreja) e gibelinos (pró-Estado), atentando-se para a obra de Marsílio de Pádua e a sua antecipação da doutrina do contrato social; 4) A atividade dos glosadores, por meio de sua exegese dos textos jurídicos romanos, em prenúncio da dogmática jurídica; e, finalmente, 5) Os antecedentes dos direito fundamentais, tendo por principal, dentre eles, a Magna Carta inglesa.

Já no período da Idade Moderna, engendrou-se em um arco de progresso do antropocentrismo eminentemente científico dos modernos, iniciando-se pelo Renascimento e terminando no Iluminismo. Durante esse percurso, foram abordados: 1) As relações entre o nascente antropocentrismo dos modernos e as suas estreitas relações com o direito; 2) Os aspectos gerais do movimento renascentista europeu, destacando-se as suas nítidas pretensões científicas; 3) O novo patamar das relações e discussões acerca dos cidadãos e do Estado, e a ausência da Igreja nessa nova realidade; 4) A moderna Doutrina do Contrato Social em suas características mais gerais e principais; 5) O pensamento de Hugo Grócio, em especial no tocante à sua moderna concepção do direito natural; 6) O pensamento do primeiro grande contratualista, Thomas Hobbes, que o fundou em defesa do Estado Absolutista; 7) A fundamentação do contrato social no próprio indivíduo, enquanto cidadão, em John Locke, buscando a limitação do poder estatal; 8) O pensamento sistemático de Puffendorf, e a sua característica de síntese do moderno jusnaturalismo; 9) A relação entre Deus e os homens, segundo os filósofos modernos, em geral e no direito; 10) A figura de David Hume, e a incidência de seu pensamento de exceção entre os filósofos modernos, e já em prenúncio à contemporaneidade; 11) As principais características do movimento iluminista, bem como as de Giambattista Vico, um seu expoente; 12) A concreção do direito no tempo e no espaço estabelecida por Montesquieu e a sua doutrina política da tripartição dos poderes; 13) A profanação do estado de natureza pela sociedade civil em Rousseau, e a sua compensação por meio do contrato social fundado na vontade geral; e, por fim, 14) A filosofia de Kant, auge do Iluminismo, mormente em suas investigações acerca do conhecimento, da moral e do direito.

Por fim, foi devidamente abordada a Idade Contemporânea, que se inicia pelo advento da Revolução Francesa e se protraí até os dias de hoje, especialmente no tocante às implicações jurídicas de tal passagem. Nesse intento, destacou-se: 1) A tentativa de restauração das antigas concepções, por meio da crítica aos ideais jusnaturalistas e à própria revolução; 2) O evolucionismo da filosofia alemã, por meio do desenvolvimento do Idealismo Alemão, em Johann Fichte (subjativista) e em Friedrich Schelling (objetivista); 3) O pensamento objetivamente idealista, e eminentemente historicista, de Georg Hegel, e as suas implicações no

campo do direito; 4) A contribuição de Gustav Hugo ao historicismo e ao juspositivismo; 5) O Historicismo Jurídico, sobretudo pelo contributo de Friedrich Savigny, e, em especial, no que se refere à sua contenda contra o movimento codicista, representado por Anton Thibaut; 6) O processo de aprovação do Código Napoleônico, a sua vedação ao juízo de *non liquet*, e a consequente problemática acerca das lacunas de lei; 7) O estabelecimento da legalista Escola da Exegese, na França, e da Escola Pandectista, na Alemanha, destacando-se as suas principais características; 8) A filosofia utilitarista de Jeremy Bentham, bem como o seu ideal codicista e a sua crítica à *common law* na Inglaterra; 9) A fundação do positivismo jurídico, por meio da incidência do sintético pensamento de John Austin; 10) O nascimento do juspositivismo na Europa e, em especial, na França, na Alemanha e na Inglaterra; 11) O Positivismo de Auguste Comte, a criação da sua Física Social, bem como as suas influências no campo do direito; e, finalmente, 12) Algumas últimas considerações acerca do juspositivismo.

Finalmente, buscando concretizar aquele primeiro intento filosófico, foram efetivadas algumas proposições críticas às duas principais correntes do pensamento jurídico. Num primeiro momento, tomou-se as duas de maneira conjunta, buscando destacar-lhes os pontos de ligação e os de contrariedade. Ressaltou-se, nesse intento, que a ordem e a justiça devem ser vistas como parte de um todo, que é o próprio direito, e trabalhadas sempre de maneira conjunta e inter-relacionada. Argumentou-se também que tal aparente contradição entre esses dois conceitos (ordem e justiça) deve-se justamente a uma cisão promovida tanto por jusnaturalistas quanto por juspositivistas no decorrer do processo histórico. Num segundo momento, passou-se então a crítica individualizada do jusnaturalismo e as suas fundamentações do direito em Deus, na natureza das coisas (e humana) e na razão natural. Nesse intento, buscou-se demonstrar a inconsistência de tais fundamentos, não obstante a importância que tiveram os jusnaturalistas no curso histórico do pensamento jurídico, em franco contributo à sua evolução. Logo em seguida, buscou-se o mesmo com relação ao juspositivismo, que, fundado exclusivamente no texto de lei, também engendrou em excessos e inconsistências. Se, por um lado, contribuiu para uma autonomia nunca antes vista com relação ao direito, por outro, acabou por deixar outros aspectos importantes para o lado de fora da porta. Por fim, concluiu-se pela predominância do juspositivismo na sociedade atual, embora não de maneira pacífica. Isso porque aquela primeira visão mais estrita e radicalmente legalista possui ainda muita força nos dias de hoje, o que não é desejável, necessitando de superação. Essa tentativa, contudo, não se deve dar por meio de um retorno ao passado jusnaturalista. Outros aspectos do juspositivismo, contudo, foram tomados como sendo ainda nascentes, devendo ser, portanto, estimulados.

2 O JUSNATURALISMO E O JUSPOSITIVISMO

Parte-se da constatação inicial de que, grosso modo, duas grandes correntes de pensamento acerca do direito se destacam, tanto no percurso temporal histórico, quanto até os dias de hoje: o jusnaturalismo e o juspositivismo. Diversas outras correntes há, conforme se verá no curso desta apreciação acadêmica, embora, todas elas, em maior ou menor grau, na parte ou no todo, acabam por se colocar num destes dois pólos, mais amplos e genéricos. Os jusnaturalistas sustentam a existência de um direito natural, que seria a base e o fundamento do poder coercitivo do Estado, que, do contrário, seria ilegítimo. Os juspositivistas entendem que o direito positivo, elaborado pelo Estado, na conformidade de seus procedimentos, é auto-suficiente no tocante a sua legitimidade, sendo, de fato, o único direito existente. Não obstante a hodierna prevalência do juspositivismo, e da resistente oposição que insiste em lhe fazer o jusnaturalismo, outras vertentes há, surgidas elas justamente no encaço do embate deflagrado entre essas duas proposições elementares. Basicamente de duas formas elas se apresentam: aquelas correntes de pensamento que buscam uma tentativa de conciliação entre jusnaturalismo e juspositivismo, e aquelas que, de um modo diferente, buscam justamente a superação dessa dualidade. Estas últimas enxergam tais posicionamentos, no mais das vezes, como sendo duas faces de um mesmo fenômeno. Nesse sentido, a incidência em um de seus pólos ocasionará, inevitavelmente, a reação do outro. No tocante à essencial oposição entre essas duas correntes fundamentais, resume o professor Roberto Lyra Filho (2006, p. 28/29):

Vimos que as duas palavras-chaves, definidoras do positivismo e do iurisenaturalismo, são, para o primeiro, ordem, e, para o segundo, Justiça. Isto se esclarece bem nas duas proposições latinas que simbolizam o dilema (aparentemente insolúvel) entre ambas as posições: *iustum quia iussum* (justo, porque ordenado), que define o positivismo, enquanto este não vê maneira de inserir, *na sua teoria do Direito*, a crítica à injustiça das normas, limitando-se ou a proclamar que estas contêm toda justiça possível ou dizer que o problema da injustiça “não é jurídico”; e *iussum quia iustum* (ordenado porque justo), que representa o iurisenaturalismo, para o qual as normas devem obediência a algum padrão superior, sob pena de não serem corretamente jurídicas. Este padrão tende, por sua vez, a apresentar-se, já dissemos, como fixo, inalterável e superior a toda legislação, mesmo quando se fala num “direito natural de conteúdo variável”. (original grifado)

Tem-se também que, historicamente falando, o jusnaturalismo antecede o juspositivismo, visto que deita suas raízes já no alvorecer da civilização ocidental, em especial

no da civilização greco-romana. A fundação de Roma, cujo início se dá no Século VIII a.C., por volta dos anos 750 a.C., será tomada, portanto, como o marco inicial para os efeitos desta preleção. E é justamente por causa dessa primeira incidência do jusnaturalismo que ele será primeiramente abordado. Isso porque se está a falar aqui de uma das maneiras possíveis de se referir ao jusnaturalismo, ou seja, sendo o termo tomado em seu sentido mais amplo, lato. Estritamente, pode-se dizer que o termo é referente a um período bastante mais restrito, a saber, o que permeia os séculos XVII e XVIII (BOBBIO, 2006, p. 20). Este espaço cronológico será retomado, no seu tempo devido, no decorrer deste estudo. Não é, contudo, a esse período que se está referindo, mas, também, a todo o espaço histórico que se lhe antecede, bem como algumas correntes que lhes são posteriores, ao se fazer o uso deste termo, cujo destringir vem logo a seguir. O mesmo ocorre com o termo juspositivismo, também aqui tomado em sentido amplo, *lato sensu*, referindo-se às doutrinas que em geral entendem o ordenamento jurídico como algo que se legitima a si próprio, por si só, independentemente de um fundamento, qualquer seja ele, que se posicione além do direito positivo. Não se confunde, portanto, com aquele positivismo jurídico outro, mais específico, tomado em seu sentido mais estrito, e que reinou no século XIX, de mãos dadas ao positivismo de cunho filosófico e viés sociologizante preconizado por Augusto Conte. Também que, por outro lado, foi adotado justamente o termo juspositivismo para que não se confunda o objeto deste estudo, o positivismo estritamente jurídico, com o positivismo filosófico e a física social de Comte. É que, “a expressão ‘positivismo jurídico’ [...] nada tem a ver com o positivismo filosófico [...] deriva da locução *direito positivo* contraposta àquela de *direito natural*” (BOBBIO, 2006, p. 15) (original grifado). Ambos os termos, portanto, são aqui empregados em seu sentido mais genérico, amplo. Quando se quiser referir a algum dos termos de maneira mais específica, isso será textualmente destacado.

Por fim, também é de se ressaltar que, embora sejam conceitos estritamente ligados, e até mesmo imbricados, não há que se confundir o jusnaturalismo com o direito natural e o juspositivismo com o direito positivo. É que tanto o jusnaturalismo quanto o juspositivismo constituem-se, de fato, em meras tentativas de justificação e de entendimento acerca do direito. Não são, todavia, o direito mesmo. Nessa senda, tem-se que, para o jusnaturalista, existem duas diferentes espécies de direito, a saber: o direito natural e o direito positivo. O jusnaturalismo é, pois, dualista. E é essa, justamente, a ideia prevalecente desde os primórdios da civilização ocidental até a completa formação dos Estados de Direito, contemporaneamente instituídos. E é somente partir de então, que se começa a desenhar uma ideia contrária, e prevalecente desde então, de que o direito natural, absoluta e simplesmente,

não existe. Ou, se existe, ao menos, não deve ser considerado enquanto direito válido. O juspositivismo é, portanto, monista. Pode-se dizer, resumidamente, que o jusnaturalista crê na existência de um direito natural, mesmo que se classifique e justifique isso de diversas formas, conforme se verá. Já de uma outra forma, “*o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo*” (BOBBIO, 2006, p. 26) (original grifado). Essas as características primeiras dessas duas grandes correntes do pensamento jurídico, sobre as quais, agora de maneira mais individualizada, serão tecidas mais algumas observações.

2.1 O Jusnaturalismo

O jusnaturalismo é uma concepção do direito, segundo a qual os seus fundamentos estão além do ordenamento Estatal. Os jusnaturalistas entendem, em regra, que esse fundamento é o próprio ideal de Justiça, que seria satisfeito sempre que o direito positivo estivesse em conformidade com o direito natural. Este, por sua vez, origina-se, para os jusnaturalistas, a depender da corrente de pensamento, de Deus, da natureza das coisas ou da razão humana; ou, ainda, como ocorre no mais das vezes, de misturas variadas destes três fundamentos. De qualquer forma, permanece um traço comum entre essas diversas concepções, qual seja: a crença de que o direito natural é o fundamento último do direito e que, justamente por isso, deve instruir o direito estatal, positivado, dando-lhe, pois, plena validade e legitimidade. O pensamento do jusnaturalista caminha nesse sentido porque espelha o entendimento de que: se algo decorre, como para ele se dá, em relação ao direito natural, de Deus, da natureza das coisas ou da razão humana, esse algo é uma verdade por si só. Ora, pensa ele, se se trata de um preceito divino, então deve ser seguido. Ou, de outra forma, se essa é a própria natureza das coisas, ou do homem, como contrariá-la? Ou, ainda, se a razão está a apontar determinado caminho, este é o correto. Não é incomum até mesmo o pensamento, em espécie de união de todos os argumentos, de que a razão leva necessariamente à natureza das coisas, que, por sua vez, se conforma aos desígnios divinos, representando-o, já que este é o seu construtor. Seguindo nessa trilha, tem-se que o direito positivo, se não estiver de acordo com algum destes preceitos, a depender da justificativa escolhida, ou ainda de uma outra que lhes equivalha, não será de fato um direito verdadeiro, mas, sim, um direito errado, falso. Não

obstante, contemporaneamente falando, mesmo aqueles que entendem pela sua real existência, em regra, entendem também pela necessidade de aplicação do direito positivo que afronte o direito natural, em atenção à necessária garantia da ordem e da segurança jurídica.

2.2 O Juspositivismo

Já o juspositivismo (ou positivismo jurídico), por seu turno, é uma concepção de direito, que se contrapõe totalmente à teoria jusnaturalista, negando-lhe, inclusive, no mais das vezes, a própria existência. Para o juspositivista, não existe qualquer outro direito que não aquele posto pelo Estado: o direito positivo. Em consequência, também não existe nenhuma natureza a qual o direito se deva conformar. O direito é, portanto, uma questão de escolha, decorre da vontade humana e da devida positivização dessa escolha. Assim, aquilo que estiver previsto no ordenamento jurídico estatal é direito. O que não estiver não é direito. Não existe qualquer fundamento idealizado de justiça a que se deva conformar o direito, pois será justo exatamente aquilo que estiver juridicamente ordenado. Esse direito, então, é válido e legítimo, somente por que decorre de sanção estatal, pois o Estado é possuidor do monopólio da produção legislativa. Trata-se de uma visão monista do direito, em contraposição à visão dualista do jusnaturalismo, que entendia pela existência de dois direitos: o positivo e o natural. Dentre as várias correntes positivistas, algumas tendem mais a um estrito legalismo, sem qualquer observância de outros aspectos, enquanto outros destacam caracteres historicistas (usos e costumes da sociedade), sociológicos (fatos da natureza social e prevalência do método indutivo) ou psicologistas (interpretação dos juristas e/ou filósofos). No fim das contas, contudo, nenhum destes aspectos é colocado acima da lei jamais. No máximo, aparecem enquanto fenômenos de colmatação de lacunas, para os que crêem nessa existência, ou de mera interpretação legal. Essas as características essenciais e gerais dessas duas grandes correntes, que serão, contudo, devidamente matizadas e contrastadas, na exata medida em que forem sendo desenvolvidas as suas devidas contextualizações históricas.

3 A IDADE ANTIGA

O objetivo desta busca historiográfica não é o de catalogar e enumerar as correntes filosóficas do direito, que diversas são e inúmeras peculiaridades possuem, cada uma delas. Desse modo, haveria um demasiado afastamento do tema proposto e perseguido nesta apreciação acadêmica. Busca-se, sim, e tão somente, um panorama das fundamentações filosóficas do direito no decorrer do processo histórico, visando detectar de que maneira elas acabam por interferir no conceito mesmo do que vem a ser entendido como direito e, em consequência disso, na sua própria aplicação. Trata-se de uma busca, portanto, pelo deslinde do pensamento jurídico no decorrer dos tempos. Entende-se pela correção do pensamento expresso por Tercio Sampaio Ferraz Júnior (1980, p. 18) quando afirma que “um panorama da História da Ciência do Direito tem a virtude de nos mostrar como esta ciência, em diferentes épocas, se justificou teoricamente”, e é esse justamente o intuito. Para tanto, pinça-se, à maneira de um curador, os personagens que melhor venham a se adequar ao propósito deste trabalho, ou seja, os que melhor representem a linha progressiva do pensamento jurídico. Assim, é buscar também o embasamento para a enunciação crítica, referentemente às duas grandes correntes de pensamento jurídico supramencionadas, e que será levada a termo no capítulo sete deste breve estudo. Busca-se instrumentalizar, dessa forma, ainda que de maneira modesta, uma tentativa de superação da atual aparente contradição entre elas, esboçada ao final deste estudo.

3.1 O Direito e a Religião

Na origem da civilização ocidental, antes mesmo do apogeu da civilização greco-romana, o direito era extremamente fusionado à religião (COULANGES, 2005, p. 206/213). Em verdade, fusão sequer é o termo mais adequado, pois dá a impressão de duas realidades distintas que se encontram unidas. Isso para nós, hoje, talvez seja verdade, mas, para os antigos, o direito e a religião eram tão somente uma e a mesma coisa. De fato, “[...] o direito antigo era a religião; a lei, um texto sagrado; e a justiça, o conjunto de ritos”. (COULANGES,

2005, p. 211). Trata-se de característica essencial do direito primitivo e que permanece como tal durante toda a antiguidade greco-romana, muito embora isso se vá amainando com o passar dos tempos, em especial pela aproximação da chamada era cristã. De fato, o que ocorria então é que os rituais de adoração aos deuses *manes* (antepassados mortos, tidos como deuses e dessa forma adorados, também chamados *lares*, *demônios* ou *heróis*), eram extremamente formalistas. Assim, exigiam, para a sua fiel realização, o perfazimento de determinadas condutas específicas, as quais eram rigorosamente descritas e que deviam ser também rigidamente conduzidas. E as primeiras leis que existiram buscavam justamente garantir a perfeita exatidão na execução destes rituais. “Eis o motivo por que os mesmos homens eram, ao mesmo tempo, pontífices e jurisconsultos: o direito e a religião se confundiam em uma só coisa” (COULANGES, 2005, p. 207). Isso explica também o motivo do extremo formalismo que vigorou durante muito tempo ainda no direito romano e que, sob determinados aspectos, ainda que de maneira residual, persevera até os dias de hoje. Isso de tal forma, que, segundo os parâmetros deste intenso formalismo do direito primitivo romano, se um contrato fosse corretamente celebrado, em sua essência, mas erroneamente quanto a sua entoação ritualística do preceito legal, o negócio não se havia de fato realizado. Era totalmente nulo.

Noutro aspecto a ser ressaltado, é também por causa dessa total confusão entre direito e religião que se supunha que tais leis eram verdadeiros desígnios divinos, e não propriamente dos legisladores. Assim, para os antigos, “Sólon, Licurgo, Minos e Numa puderam escrever as leis de suas cidades, mas não as fizeram” (COULANGES, 2005, p. 207). As leis eram tomadas como já anteriormente existentes, sendo apenas reduzidas a termo pelos legisladores. Assim, o seu descumprimento era antes de tudo uma afronta aos próprios deuses e não aos homens demais. É nesse sentido que Coulanges (2005, p. 209) destaca que “não é afirmação vã a de Platão, de que obedecer às leis é obedecer aos deuses”. Essa ideia, inclusive, é o que permite a Sócrates, mesmo com a oportunidade da fuga, tomar a cicuta, submetendo-se, portanto, à legislação, e, conseqüentemente, aos deuses mesmos. Esse teor sacro das leis continuou vigorando por muito tempo ainda e, “mesmo na época em que se passou a admitir que a vontade de um homem ou o sufrágio de um povo resultasse em lei, ainda era indispensável consultar a religião, e que esta pelo menos o consentisse” (COULANGES, 2005, p. 208/209). Ademais, essa sacralização das leis as tornava imutáveis e imprescritíveis, chegando-se com frequência ao ponto de conviverem regras contraditórias entre si, o que chegou a acontecer ainda, inclusive, com a Lei das XII Tábuas. Tampouco se pode dizer que o código de Sólon revogou o de Drácon, mas, sim, que a vigência deste sobreviveu à daquele. Por

fim, é de se destacar também que, quanto à forma, tem-se que as leis eram transmitidas, de início, oralmente, em versos (*carmina* para os romanos) ou cânticos (*nómoi* para os gregos), sendo, em qualquer uma das formas, ritmicamente entoadas. Quando passaram a ser escritas, as foram primeiramente nos textos sagrados. A religião, portanto, como se vê, é a origem primeira do direito. Nesse sentido, elucidativa a preleção de Fustel de Coulanges (2005, p. 206):

Entre gregos e romanos, assim como entre os hindus, desde o princípio a lei surgiu naturalmente como parte da religião. Os antigos códigos das cidades reuniam um conjunto de ritos, de prescrições litúrgicas, de orações e, ao mesmo tempo, de disposições legislativas. As normas sobre direito de propriedade e de sucessão estavam dispersas entre as regras relativas aos sacrifícios, à sepultura e ao culto dos antepassados.

Contudo, o que se percebe, num engenho de análise histórica deste período, é que, aos poucos, o direito vai-se emancipando da religião. Alguns resquícios permanecem, mas a separação é cada vez maior, provendo o direito, gradualmente, de uma dose bastante razoável de autonomia. É dessa forma que ocorre já com a incidência das chamadas *legis regiae*, que vigoraram em Roma, juntamente com os costumes (*mores*), em seu Período Régio (que vai de sua fundação, presumida em 754 a.C. até a expulsão dos reis, em 510 a.C.). É que, muito embora seja possível dizer, num sentido, que “o direito sagrado (*fas*) está estreitamente ligado ao direito humano (*ius*)” (VENOSA, 2007, p. 31) (original grifado), em outro, já existem essas duas categorias, diversas, de um mesmo e único direito. Direito este que já não mais se encontra totalmente fusionado à religião, como uma só coisa. Trata-se de um muito tímido primeiro passo, é verdade, já que a estreita ligação entre eles ainda permanece. Isso porque, ainda aqui, a jurisprudência “[...] era monopolizada pelo colégio sacerdotal dos pontífices, que tinha o monopólio do *ius* e do *fas*” (VENOSA, 2007, p. 31) (original grifado). Não eram mais a mesma e única coisa, pois, mas caminhavam ainda bem juntos, de maneira bastante simbiótica.

3.2 A Lei das XII Tábuas e o Código de Sólon

A evolução continua, não obstante, e de tal forma que, a partir de determinado

momento, em especial pelo crescimento e politização da plebe romana, é possível dizer que, “[...] o direito foi tornado público e conhecido por todos. Não é mais o canto sagrado e misterioso [...] que só os sacerdotes escreviam [...] O direito saiu dos rituais e dos livros dos sacerdotes, perdeu o seu mistério religioso; é língua que todos podem ler e falar” (COULANGES, 2005, p. 333). Isso acontece, muito embora a interpretação desse mesmo direito continuasse ainda vinculada ao colégio sacerdotal, e ainda a acontecer de maneira secreta (VENOSA, 2007, p. 44). Contudo, os homens já podem conhecer do direito e isso é realmente uma grande mudança. A lei não está mais num livro sagrado. É lei, não religião. Trata-se de um passo decisivo nesse processo de autonomização do direito. Passo esse que foi dado, principalmente, pelo advento de duas leis em especial: A Lei das XII Tábuas (por volta de 450 a.C.), em Roma, durante o seu Período Republicano (que vai da expulsão dos reis, em 510 a.C., até 27 a.C., com a fundação do principado de Augusto), e da Lei de Sólon (594 a.C.), em Atenas. Por fim, também é interessante constatar como essas Leis, mesmo que tenham sido o golpe de misericórdia no direito primitivo, ainda apresentam, em seus próprios textos, os supracitados resquícios daquele primeiro período de total fusão entre direito e religião. No entanto, consubstanciam-se em verdadeiros marcos na conquista pela autonomia do direito.

Assim que a Lei das XII Tábuas, por exemplo, tinha uma de suas tábuas totalmente direcionada às previsões relativas ao culto dos antepassados. Nela, a Tábua Décima – Do Direito Sacro, podia-se ler, *verbi gratia*, dentre outros mandamentos, este, que ditava: “Não devei polir a madeira que vai servir à incineração” (MEIRA, 1961, p. 174); também este: “Que o cadáver seja vestido com três roupas e o enterro se faça acompanhar de dez tocadores de instrumentos” (MEIRA, 1961, p. 174); ou ainda este: “Que não se lancem licores sobre a pira de incineração nem sobre as cinzas do morto” (MEIRA, 1961, p. 174). Nítidos resquícios, como se vê, daquele primeiro direito-religião. Por outro lado, e também por força dessa mesma lei, a emancipação do direito já começa a se prenunciar, e de maneira bastante clara. É que, também ali, via-se este outro mandamento, da Tábua Décima Primeira, e que pregava, simplesmente: “Que a última vontade do povo tenha força de lei” (MEIRA, 1961, p. 175). Tal dispositivo já denota uma consciência bastante maior acerca da participação do homem e do povo nas questões políticas da cidade. A religião e os deuses ainda imperam, é verdade, mas é aqui que o homem começa a se reconhecer como sujeito criador de direito, mesmo que ainda timidamente. Um sincretismo muito próximo a este destacado na Lei romana ocorre também em Atenas, com o surgimento do Código de Sólon que “como as doze tábuas, [...] afasta-se do direito antigo em muitos pontos, embora em outros lhe permaneça fiel” (COULANGES, 2005, p. 339). Essa

legislação antiga havia sido consolidada por Drácon, formando as chamadas leis draconianas, “[...] leis ditadas por uma religião implacável, vendo em toda a falta uma ofensa à divindade, e em toda a ofensa à divindade um crime irremissível” (COULANGES, 2005, p. 338). O termo, não à toa, virou sinônimo de severa crueldade. Assim, também o Código de Sólon é um texto legal de transição e que propiciava uma maior publicidade ao direito. Eram consequências, dentre outras coisas, de uma maior estruturação das cidades e bem como da ascensão e politização da plebe, conforme já observado. Também contribuíram para o seu aparecimento a perda de poder da família, mormente enquanto estrutura política, representadas pelos e submetidas aos seus respectivos *pater familiaes*, juntamente com o declínio da religião do culto doméstico. Trata-se, no fim das contas, em ambos os casos, da incipiente materialização de uma nova maneira de se ver o direito e as leis. Aos poucos, de maneira lenta e gradual, vai-se iniciando o desenho de uma nova concepção acerca do direito: a de que são os homens que fazem as leis. É por isso que, a partir de então, origina-se a concepção de que ele pode, inclusive, alterá-las, já que as cria. Isso não se pratica ainda, pois tal noção é ainda nascente, mas é onde ela acabará por desembocar. Trata-se de um ponto essencial no repisado combate entre os adeptos do direito natural e os do direito positivo e será por isso retomado mais adiante. É que antes, na vigência do direito primitivo, não se cogitava da distinção entre direito natural e direito positivo, pois se entendia que a prescrição legal era algo que existia por si só, e não por criação humana. Em consequência, tinha-se que o desrespeito a tal prescrição era mesmo uma desonra aos deuses, e não aos homens demais. Agora, porém, começam a se diversificar.

3.3 O Direito Natural na Filosofia dos Gregos

Se, por um lado, o direito vai-se desvencilhando da religião, e a partir da agora isso ocorre cada vez mais; por outro, permanece ainda muito viva na cabeça do antigo a concepção de um direito divino, imutável e universal, embora não mais estritamente dos deuses domésticos (pois agora outros deuses há, como mais adiante se vê). Trata-se de um ideal ainda divino, mas que se coaduna perfeitamente com o ideal de justiça dos gregos. Está-se falando do direito natural. Assim, pode-se dizer que é essa justamente a sua origem. O direito, que anteriormente era mera prescrição religiosa, separa-se agora, pois, em direito natural, ligado à

ideia de divindade, e direito positivo, ligado às contingências da humanidade. Assim que, em Platão (427/347 a.C.), ainda se vê, e em termos bastante claros, essa mais antiga ligação existente entre o direito e os deuses. É desta forma, por exemplo, que se expressa o antigo filósofo no seguinte trecho, retirado de sua obra *A República* (2007, p. 319):

Se acreditarem em mim, crendo que a alma é imortal e capaz de suportar todos os males e todos os bens, seguiremos sempre o caminho para o alto, e praticaremos por todas as formas a justiça com sabedoria, a fim de sermos caros a nós mesmos e aos deuses, enquanto permanecermos aqui.

Observa-se que Platão estabelece uma ligação estreita entre a justiça e os deuses. Não obstante, destaca que a prática sábia da justiça tem como finalidade, além de sermos caros aos deuses, sermos caros também a nós mesmos. É que com o florescimento da cultura grega, e o seu apogeu filosófico, que lhe rendeu a alcunha de berço da civilização ocidental, a ideia de um direito divino por si só não mais se sustenta. Pensa-se agora com novas ideias, relativas elas à natureza das coisas (muito explorada pelos pré-socráticos) e à razão humana. Embora pouco reconhecidos, foram de extrema importância nesse contexto de separação do direito primitivo em direito positivo e direito natural, os filósofos sofistas. Estes os primeiros a questionar a ligação entre o justo por natureza e o justo por lei (DEL VECCHIO, 2010, p. 16), ligação essa na qual não criam. Alegavam, inclusive, que, se isso fosse verdade, todas as leis seriam iguais (DEL VECCHIO, 2010, p. 16). Ademais, donos de uma retórica impecável e céticos ao extremo, eles foram os principais adversários de Sócrates, contribuindo, dessa forma, decisivamente para o crescimento da filosofia como um todo (DEL VECCHIO, 2010, p. 16). Foi numa prática de superação desse pensamento negativista acerca das leis, que Sócrates pode encarar com dignidade a sua pena de morte, já que pregava que o bom cidadão devia prestar total obediência às leis, tanto às boas, quanto às más (DEL VECCHIO, 2010, p. 18). Um pouco mais adiante no curso da história, já em Aristóteles (384/322 a.C.), aparece, e agora com extrema nitidez, a distinção conceitual entre: direito natural, ligado à ideia de *physis*, “[...] aquilo que é por natureza [...]” (BOBBIO, 2006, p. 15), em contraposição ao direito legal, atrelado à ideia de *thésis*, “[...] aquilo que é por convenção ou posto pelos homens” (BOBBIO, 2006, p. 15). É nesse sentido, acerca das diferenças já percebidas pelo filósofo antigo entre o direito natural e o direito positivo, que se destaca, juntamente com Norberto Bobbio (2006, p. 16), o seguinte excerto da sua *Ética a Nicômaco* (ARISTÓTELES, 2007-A, p. 117):

A justiça política é em parte natural e em parte legal. A parte natural é aquela que tem a mesma força em todos os lugares e não existe por pensarem os homens deste ou daquele modo. A legal é o que de início pode ser determinado indiferentemente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecido.

Assim, Aristóteles diferencia um direito natural, que não pode ser alcançado pela vontade humana, existente por si só, e um direito positivo, que, a princípio é indiferente, mas que, nele, uma vez tendo sido escolhida uma regra, esta deve ser seguida. Segundo o antigo filósofo, a regra que diz “[...] que deve ser sacrificado um bode e não duas ovelhas [...]” (2007-A, p. 117) é acolhida por mera convenção, e não por natureza, mesmo que destaque a necessidade de seu seguimento. Já as coisas relativas à natureza, dentre as quais o direito (ou justiça) natural, também segundo o exemplo do filósofo, tem-se que elas são tais que “[...] em toda parte têm a mesma força (como o fogo que arde aqui e na Pérsia [...])” (2007-A, p. 117). Não obstante, Aristóteles reconhece uma característica de mutabilidade no próprio direito natural. Ainda fala em imutabilidade, quando leva em conta a ótica dos deuses, mas, de maneira contrária, em mutabilidade, quando se fala pela ótica humana. Por isso, conclama que “para os deuses talvez não seja verdadeiro de modo algum, mas para nós existe algo que é justo mesmo por natureza, embora seja mutável” (2007-A, p. 117/118). Persiste-se, portanto, na ideia de justiça por natureza (direito natural), mesmo que mutante na realidade humana. Admite-se, contudo, certa antropomorfização do ideal de justiça, pois, apesar de possível a sua imutabilidade no âmbito divino, é tida como mutável no plano humano. Soa como introdução à ideia de equidade, da qual Aristóteles tratará um pouco mais adiante. Deve-se destacar ainda, e por fim, que, ainda aqui, também se fala em um direito natural originário dos deuses, mesmo que mutante na realidade humana. Assim, mesmo aqui, no pensamento de Aristóteles, muito embora se privilegie as características de natureza e razão como as principais do direito natural, persiste ainda o argumento divino. Ademais, destaca-se também que a própria ideia de natureza não deixa de ser uma espécie de herança dos deuses, já que frequentemente se entende que são eles próprios os seus construtores e reitores. O filósofo finaliza, ainda e mais uma vez, com a ideia de separação entre direito natural e direito positivo, alvo principal deste destacamento de sua obra: “De qualquer modo, existe uma justiça por natureza e outra por convenção” (2007-A, p. 118). Resumindo: direito que é, e direito que se escolhe. Natureza e convenção. Direito natural e direito positivo, já devidamente delineados, em plena Idade Antiga.

3.4 A Antígona de Sófocles

Endossando essa separação conceitual de direitos, existente, portanto, já na Antiguidade, embora, como visto, somente num segundo momento, aparece também a peça *Antígona*, de 444 a.C., tragédia escrita por Sófocles (496/406 a.C), em época ainda anterior aos exemplos supracitados e que já possui claramente toda a temática acerca do confronto entre direito natural e direito positivo. É que Antígona, inconformada com a decisão do rei de Tebas, Creonte, de negar sepultamento ao seu irmão, Polinices, presta homenagens fúnebres a este, em total contradição àquele, por crer estar na posse de um seu direito natural de fazê-lo. A pena impingida pelos deuses para o descumprimento dessa lei divina, a saber, a obrigatoriedade de sepultamento e seus ritos, no momento e depois, seria a de que a alma ficaria eternamente a vagar. Isso porque a ausência de terra sobre o corpo não a prenderia à sua nova morada, a da segunda vida, e que jazia por sob a própria terra. Assim, com o tempo, acabaria por se tornar uma alma perversa, cujo único intento passaria a ser então o de atormentar os viventes (COULANGES, 2005, p. 16). Não se deve, portanto, olvidar da demasiada coincidência: ela sustenta um direito natural, justamente naquele ponto onde nasceu o direito, atrelado à liturgia fúnebre. Exatamente assim ela se pronuncia, ao afirmar que, sim, ousa a desafiar o decreto de Creonte, ao mesmo tempo em que lhe explica os motivos (SÓFOCLES, 2008, p. 96):

Sim, pois não foi decisão de Zeus; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; tampouco acredito que tua proclamação tenha legitimidade para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, nunca escritas, porém irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! e ninguém pode dizer desde quando vigoram!

Observe-se também que a própria Justiça é tomada por Antígona como uma deusa. Além do mais, habitante do subterrâneo, juntamente com os deuses *manes*. Fica aqui, portanto, bastante patente a ligação entre o direito natural, conforme proclamado por Antígona, e o direito primitivo, totalmente sacralizado. Antígona chama-lhe, inclusive, de direito divino. Além do mais, afirma que esse mesmo direito divino é não escrito (em oposição ao direito positivo, portanto), além de eterno e irrevogável. Trata-se de características típicas do direito natural, conforme apregrado pelos seus mais variados cultores, desde Aristóteles até a Idade Moderna. Segundo Bobbio (2006, p. 25), o direito positivo era o prevalecente na ocasião. Isso

porque Creonte, além de optar pelo não sepultamento de Polinices, condena Antígona à pena de morte, uma vez que ela foi a única a desobedecer a sua ordem, fielmente obedecida por todos os demais. E isso é bastante razoável, pois, conforme o já visto, o direito caminhou por essa época num freqüente processo de dissociação da religião e afirmação do seu caráter político. Porém, é de se observar que Antígona recusa-se à obediência, pois não crê que tal decreto seja justo. Isso mesmo sendo a única a afirmá-lo perante Creonte, e mesmo sendo penalizada de morte pelo seu ato, uma corajosa afronta ao decreto real. Isso tudo significa que a separação entre direito e religião não se deu ainda por completo e que, na cabeça do antigo, ainda permanece bastante presente a ideia de ligação entre eles. Somente é que, agora, já devidamente transmutada na ideia de direito natural. Ademais, posteriormente, embora não mais a tempo de salvar Antígona da morte, acaba o próprio Creonte prestando homenagens fúnebres a Polinices, por temor às advertências de Tirésias. O que o convence, portanto, é o próprio temor perante a ira dos deuses, seres que Tirésias, espécie de sacerdote-advinho, sabe interpretar. Ademais, esse tipo de argumento foi também utilizado por Hêmon, por Antígona e pelo Coro dos Anciãos de Tebas. O próprio Creonte, embora agindo arbitrariamente, cria estar protegido pelos deuses ao dar a sua fatídica ordem. Por isso é que, interpelado pelo Corifeu se não seria coisa dos deuses o misterioso rito fúnebre prestado a Polinices (quando ainda não se sabia que era Antígona quem o tinha feito), responde-lhe da seguinte forma: “Alguém já viu deuses honrando criminosos?” (SÓFOCLES, 2008, p. 91). Ou seja, ele próprio cria (ou pelo menos esperava isso) que os deuses estivessem ao seu lado nessa contenda. Ao final, porém, Creonte não escapa à maldição dos deuses, nessa trágica e deificada história de Sófocles. Assim que acabam por morrer, não somente Antígona, mas também a mulher de Creonte, Eurípedes, e o seu filho com ela, Hêmon. Hêmon acaba por se matar, porque não consegue suportar a dor advinda pela morte de sua ex-futura esposa, Antígona. Já Eurípedes, mata-se pela dor da própria morte de seu filho.

Também o Coro de Anciãos de Tebas, referindo-se à indigna opção do homem pelo mal, de um modo geral, e também contextualizada essa afirmação na atuação mais específica de Creonte, roga o seguinte: “Quando no governo, freqüentemente se torna indigno, abjura as leis da natureza e as leis divinas a que jurou obedecer, e pratica o mal, audaciosamente!” (SÓFOCLES, 2008, p. 93). O coro refere-se a leis naturais e divinas. Isso porque além da necessidade do rito fúnebre, eixo principal de onde decorre toda a trama, outras questões existem, no sentido de mobilizar Antígona em seu intuito de desobediência. Assim, por exemplo, é a questão da igualdade. Se Creonte presta homenagens a Etéocles, porque não a Polinices, já que são irmãos? Contudo, ressalta-se que, se Creonte negasse o sepultamento

também a Etéocles, por acaso também não se lhe oporia Antígona? Afinal, essa situação imaginária aplacaria o ideal de igualdade, já que aos dois seria negado o sepultamento, mas não o de justiça. Na verdade, seria mesmo uma dupla injustiça, pela dupla inconformidade aos preceitos divinos. Imagina-se, portanto que, pelo contrário, nessa situação, somente maiores motivos teria Antígona para se rebelar. Existe também ali, em análise de um outro aspecto, a questão da democracia. Se todo o povo pensa diferentemente de Creonte, porque não ouvi-lo? Sobre tal, há que se destacar as advertências de Hêmon, seu filho e então futuro esposo de Antígona, sobre a concordância do povo com o ato de Antígona, não vendo nele quaisquer resquícios de um crime, sendo que “[...] a cidade inteira lamenta o sacrifício desta jovem [...] ‘Por acaso não merece ela uma coroa de louros?’ eis o que todos dizem reservadamente” (SÓFOCLES, 2008, p. 104). Esse foi o primeiro argumento, na tentativa de dissuadir Creonte de sua decisão, ou seja, a ilegitimidade do não sepultamento porque em discordância com o pensamento e a vontade dos cidadãos tebanos, que, por sua vez, gostariam de ver aplicado o direito divino. Este mesmo tipo de argumento já também havia sido utilizado por Antígona: “O povo fala. Por mais que os tiranos sejam afeitos a um povo mudo, o povo sempre fala. Fala sussurrando, amedrontado, à meia luz, mas fala” (SÓFOCLES, 2008, p. 98). Embora se referisse ao povo “inimigo”, o povo de Argos, sustenta ainda mais a igualdade dizendo que “em todo o caso, não importando o lado em que estavam, Hades exige que ambos os irmãos recebam os mesmos ritos!” (SÓFOCLES, 2008, p. 98). Assim, há que se concluir que se trata também de um argumento essencial essa questão da querência do povo. Todavia, o que o povo quer, em última instância, é justamente a aplicação das leis divinas. Concordam com a opção de Antígona, de pleitear o rito fúnebre a Polinices. Logo, deve-se concluir que, no fundo, substancialmente, o principal motor da reivindicação da protagonista é mesmo o direito divino, extremamente ligado aos ritos fúnebres da religião dos manes, e que se consubstancia, portanto, em essencial característica desse primeiro e mais antigo direito natural conclamado.

3.5 O Direito, os Deuses e o Estado

Por isso é que se entende que, em todas as situações acima elencadas, do direito primitivo à tragédia de Sófocles, passando pelas Leis da XII Tábuas e de Sólon, por Platão e

Aristóteles, existe um traço que lhes é comum, a saber: a presença dos deuses, ora mais e ora menos, ligados à própria ideia de religião. Mesmo no discurso aristotélico, embora se esteja a falar em direito natural, embora seja bastante mais forte a desvinculação entre direito e religião a essa altura, embora também se privilegie o discurso pela razão humana e pela natureza das coisas, ainda assim, há ali muito do direito divino. Os deuses ficam a transparecer no fundo de tudo, enquanto fundamento de todas as coisas e como que pairando acima de todas elas. É, portanto, espécie de elo entre as concepções até aqui analisadas. Contudo, não é demais observar que os deuses privilegiados nesse período áureo da civilização greco-romana são aqueles ligados à própria ideia de natureza (deuses do tempo, dos mares, dos ventos) e não mais aqueles deuses *manes*, familiares, que eram os antepassados que haviam morrido e eram, somente por isso, adorados. São os deuses da natureza física, deuses do Olimpo, na Grécia, ou deuses do Capitólio, em Roma, mais conformes ao espírito reinante na época. De fato, embora não se possa precisar, é bem possível que essa religião tenha sido tão antiga quanto à dos *lares* domésticos. Somente que, por suas características, demorou mais para se estabelecer. Fato é que, a essa altura, esta religião era predominante e suplantava aquela (COULANGES, 2005, p. 131/133). Basta observar que Antígona, nos trechos supracitados, refere-se a Zeus e a Hades. Este último, aliás, uma espécie de elo entre as duas religiões já que deus da morte, o que o liga aos *lares*, e pertencente também ao Olimpo. De qualquer forma, a prevalência destes deuses da natureza, só vem a corroborar o argumento de que, na cabeça do antigo, se vão bastante unidos os deuses e a natureza. Assim também ocorre com o direito divino e o direito natural.

Da mesma forma, para o antigo, também se ligavam por completo o indivíduo e o Estado. É que também este se encontrava em plena fusão com o direito e a religião no início de nossa civilização. E o até agora narrado processo de autonomização do direito está em estreita ligação com o da autonomização do próprio Estado. Logo, também da mesma forma, as concepções dos filósofos gregos acerca do Estado estão plenamente encharcadas do ideário naturista, sendo este, por sua vez, conforme já visto, impregnado dos desígnios divinos. Assim, Aristóteles (2007-B, p. 56) irá afirmar, em sua *Política*, que, “[...] a Cidade é uma criação da natureza, e que o homem, por natureza, é um animal político (isto é, destinado a viver em sociedade) [...]”. Entende até que o Estado é anterior ao indivíduo “[...] uma vez que o todo é necessariamente anterior à parte” (2007-B, p. 57). Assim, chega ao entendimento de que o Estado é superior ao indivíduo, sendo que este é somente uma sua parte. Del Vecchio (2010, p. 25) traduz o entendimento de Aristóteles como se segue: “Vale dizer: como não é possível conceber, por exemplo, uma mão viva separada do corpo, assim não pode o indivíduo,

propriamente, pensar sem o Estado”. O indivíduo, portanto, não pertence a si próprio, mas à Pólis, ou seja, ao Estado. E também o direito se liga a isso tudo, uma vez que “[...] a justiça é o liame entre os homens nas Cidades, pois a administração da justiça, a qual é a determinação do que é justo, é o princípio da ordem na sociedade política” (ARISTÓTELES, 2007-B, p. 57). É o que permite, pois, essa unidade dos indivíduos em sociedade, ligando-os.

No entanto, já num momento mais recente, e em total contraposição ao acima afirmado, coloca-se o pensamento dos estóicos, que, em total desprezo às leis e aos costumes, propunham uma plena autonomização do indivíduo em relação ao Estado, “[...] retornando à simplicidade primitiva do estado de natureza” (DEL VECCHIO, 2010, p. 30). Observa-se, nesse sentido, que os estóicos, que tiveram em Diógenes o seu maior expoente, colocam as leis em separado, e até mesmo em oposição, ao estado de natureza. Para eles, o estado de natureza não é o Estado. A natureza possui as suas próprias leis e “o homem é partícipe, por sua natureza, de uma lei que vale universalmente” (DEL VECCHIO, 2010, p. 31). Assim, estes filósofos acabam por contribuir para o alargamento do fosso entre o direito natural e o direito positivo, em termos conceptivos. Nesse mesmo sentido de busca por uma dissociação entre Estado e indivíduo, e também contribuintes, conseqüentemente, para uma maior dissociação entre direito natural e direito positivo, coloca-se também a escola epicuréia. De fato, “[...] para Epicuro, o direito é apenas um pacto utilitário, e o Estado é efeito de um acordo que os homens poderiam romper toda vez que em tal união não encontrassem a utilidade pela qual a concluíram” (DEL VECCHIO, 2010, p. 33). Opõe-se por completo, portanto, à ideia de natureza social do ser humano pregada por Aristóteles. Estado, para a escola epicuréia, é convenção, artifício. Trata-se de um distante prenúncio, portanto, como já havia também se dado com os sofistas, da ideia de contrato social, muito explorada durante a Idade Moderna. A possibilidade de dissolução do Estado também encontra ecos na moderna doutrina contratualista, mormente no pensamento de Locke. Ademais, é de se destacar também a antecipação do pensamento eminentemente utilitarista de Bentham, mais adiante destacado.

Apesar disso tudo, aquela velha religião dos *manes* continuava ainda na cabeça dos antigos, tal a sua força, continuando a aparecer nos textos jurídicos. Assim é que Cícero (106/43 a.C.), num período já e ainda mais recente, embora ainda na República Romana, em seu *Tratado de leis* (apud COULANGES, 2005, p. 206), prescrevia, dentre outras coisas: “Que ninguém se aproxime dos deuses com as mãos impuras; – que se cuide dos templos dos pais e da morada dos Lares domésticos; – que os sacerdotes só empreguem nos banquetes fúnebres as iguarias prescritas; – que se preste aos deuses Manes o culto devido”. Não cria ele, contudo, em

tais prescrições. A presença destes preceitos em sua obra deve-se ao fato de que ele pretendia ser fiel às codificações anteriores, período onde a fusão era ainda uma realidade incontestável. Eram, portanto, meros resquícios das antigas leis. No entanto, é de se observar que, se Cícero se sentiu obrigado a essas previsões, é porque esses cultos ainda possuíam alguma força na Roma de então, apesar da então total prevalência dos deuses da natureza. Mas, Cícero, romanista difusor da filosofia grega, da qual foi um estudioso, era já um adepto da *naturalis ratio*. Cria que “o direito funda-se em opinião arbitrária, mas existe um justo natural, imutável e necessário, pelo testemunho inferido da própria consciência do homem” (DEL VECCHIO, 2010, p. 35). Nas suas próprias palavras, citadas por Del Vecchio (2010, p. 35/36):

Na verdade, a reta razão é uma lei conforme à natureza, difusa em todos, constante, eterna... não exige quem a explique, ou um outro intérprete. Nem existe outra lei em Roma, outra em Atenas, outra agora, outra depois, mas uma só lei existirá para todas as pessoas e em todo tempo, eterna, imutável... quem não lhe obedecer foge de si mesmo, e tendo desprezado a natureza do homem, sofrerá por isso mesmo as maiores penas, embora fuja de outros sofrimentos, que imagine.

Trata-se de um clássico conceito de direito natural e em plena conformidade com as suas principais características, presentes elas em praticamente todas as conceituações acerca do mesmo. Primeiramente, Cícero vaticina que a reta razão é uma lei natural. Ou seja, está falando da razão natural, a razão que se origina da própria natureza das coisas e, justamente por isso, o principal instrumento de captação de o que vem a ser essa própria natureza das coisas. Isso de tal forma, com tal clareza e exatidão, que sequer há necessidade de explicação ou interpretação das leis da natureza. E não se deve esquecer que a natureza, para o antigo, são também os deuses. Por fim, apregoa também a sua total imutabilidade, quer seja no tempo, quer seja no espaço, em parcial contrariedade ao pensamento de Aristóteles e em pleno acordo com a grande maioria das doutrinas dos demais jusnaturalistas. Entende pela natural existência de um direito universal e imprescritível, a ser captado pela via racional. É o direito natural, mais uma vez delineado, agora pelo pensamento de Cícero, espécie de união sintética entre a produção jurídica romana e a tradição filosófica grega. Além do mais, já nos limites do início de nossa era, como que a sintetizar toda a conceituação acerca de um alegado direito originário da natureza mesma das coisas e captado pela razão humana, a razão natural, a *naturalis ratio*.

3.6 O Advento do Cristianismo

E o processo continua. Sempre continua. E à medida que os homens se vão mudando, e também os seus deuses, assim também se vai o direito. E é por isso que o direito, em consequência a toda uma mudança social, não poderia ficar incólume ao advento do cristianismo, início de contagem dos anos na nossa civilização e também marco decisivo na história do direito. É que “a vitória do cristianismo é o marco terminal da sociedade antiga. Com a nova religião se completa a transformação social que vimos começar seis ou sete séculos antes de seu advento” (COULANGES, 2005, p. 412). E acontece que, se, por um lado, houve um renascimento do espírito religioso, por outro, no caso do cristianismo, isso não se deu em confusão com as instituições políticas, dentre elas o próprio direito. A nova religião, bastante influenciada pela metafísica dos filósofos gregos, em especial a de Platão e o seu mundo das idéias, despregava-se por completo da terra, colocando-se à parte das questões mundanas e, em consequência, das questões políticas, do Estado. É dizer, juntamente de Coulanges (2005, p. 413), que “o divino foi situado fora e acima da natureza visível”. Em verdade, a pregação cristã não se buscava imiscuir nas coisas de Estado. É que, conforme destacam Del Vecchio (2010, p. 41) e Coulanges (2005, p. 416), Jesus Cristo pregava que as coisas do Estado, competiam tão somente ao imperador. Deus seria o responsável somente pelos assuntos da alma. A obediência ao Estado e a obediência a Deus, logo, passam a ser tomadas como coisas completamente distintas. Não se confundem mais o Estado e a religião. Ademais, as questões políticas já andavam deveras amadurecidas para sofrerem maiores influências religiosas. Assim é que se pode concluir que somente aqui é que se dá por completo a separação entre direito e religião. E é justamente esse o pensamento expresso, logo a seguir, por Fustel de Coulanges (2005, p. 417):

O cristianismo é a primeira religião que não pretendeu regular o direito; ocupou-se dos deveres dos homens, não de suas relações de interesses. Não vemos o cristianismo controlar nem o direito de propriedade, nem a ordem de sucessão, nem as obrigações, nem o processo. O cristianismo coloca-se fora do direito, como acima de tudo o que fosse puramente terreno. O direito tornou-se, pois, independente.

Paralelamente, também o Império Romano evolui e, com ele, o próprio Direito Romano. Somente que agora o direito não mais se confunde com a religião. As regras se vão alterando, à medida que Roma vai evoluindo e também à medida que vai sofrendo influências

dos povos que vão sendo conquistados pelo seu exército. Isso porque o Império Romano vigorou por mais de 12 séculos (já quase 13): desde a fundação da cidade, em aproximadamente 754 a.C., até a morte do imperador Justiniano, em 565 d.C., passando por várias fases. Existe também o entendimento, embora não prevalente, no sentido de que o período do Império Bizantino, que vai do mesmo ano de 565 d.C. até 1453 d.C., quando os turcos invadiram e tomaram Constantinopla, também se trata de um período do Império Romano. A mais difundida, no entanto, é a de que ele se queda juntamente com o corpo de Justiniano. De qualquer forma, o nascimento de Jesus Cristo, e a conseqüente reviravolta proporcionada pelo cristianismo, acontece logo no início da terceira fase do Império Romano, o assim chamado: Período do Principado, que vai de 27 a.C., quando, conforme já se viu, estabeleceu-se o principado de Augusto, até 284 d.C., com a chegada de Diocleciano ao poder. Segundo Venosa (2007, p. 41), “é desse período, por volta de 130 d. C., que os juristas que participaram da obra de Justiniano recolheram o maior cabedal de informações”. O Código Justinianeus será tratado logo mais adiante, no capítulo dedicado à Idade Média. É também nesse Período do Principado que surgem as duas Escolas Clássicas do Direito Romano, a saber: a dos Proculeanos (fundada por Labeão, e que foi sucedida por Próculos) e a dos Sabinianos (fundada por Capitão, que foi sucedida por Sabino). Como se vê, um período bastante rico para o Direito Romano e, por conseqüência, para o próprio direito em si. Sobre a evolução do Direito Romano após o advento da Lei das XII Tábuas, é necessário que sejam tecidas mais algumas observações.

3.7 O *Jus Civile* e o *Jus Gentium*

Segundo Silvio de Salvo Venosa (2007, p. 42), “também é conveniente distinguir uma evolução interna no Direito Romano, dividindo-o em dois grandes quadrantes, o *Ius civile* ou direito quirritário (*Ius quirritum*) e *Ius gentium*”, muito embora outros prefiram uma divisão trifásica. De qualquer forma, no Período do Principado, quando, como se viu, nasceu Jesus Cristo, era ainda vigente, embora não exclusivamente, o chamado sistema do *Jus Civile*, que era um direito extremamente conservador e formalista, e que era aplicado aos limites territoriais da cidade. Era diretamente originário daquele outro direito anteriormente analisado, o direito primitivo. Por isso é que era aplicado aos membros da cidade somente, pois que estes

eram ligados pelos mesmos deuses. Acontece, contudo, que, “a partir de certo período, a jurisprudência deixa de ser secreta para ser aplicada pelos pretores, por meio das fórmulas a serem proferidas perante o magistrado” (VENOSA, 2007, p. 44). Isso ocorre por volta do século II a.C. e engendra uma série de mudanças no direito. Esses pretores, então, passaram a publicar determinados programas, os editos, por meio dos quais buscavam dar publicidade aos seus modos de atuação durante o exercício do cargo. Os editos, por sua vez, quando úteis, passaram a ser copiados pelos pretores sucessores, inaugurando dessa forma um novo direito: o *Jus Honorarium*, que nada mais era do que “[...] um corpo homogêneo e coerente de fórmulas procedimentais, com a função de ajudar, completar ou corrigir o Direito Civil” (VENOSA, 2007, p. 44). Muito embora os pretores não fossem investidos do poder de criar o direito propriamente dito, esse direito formular é extremamente importante enquanto fonte do direito de então. Era bastante aplicado, em virtude de sua estabilidade e grande difusão entre os cidadãos. Também propiciam uma substancial evolução no mundo jurídico de Roma, já que se exercita com plenitude a aplicação do direito, com a devida publicidade. Acaba também, noutra aspecto, servindo de preparação do terreno para o posterior estabelecimento do *Jus Gentium*.

Paralelamente, Roma fortalece e expande o seu comércio, passando a ter um contato cada vez maior com estrangeiros. E, calcado nisso, e no espírito de publicidade jurisprudencial deflagrado pela atividade pretoriana, estabelece-se o *Jus Gentium*, o direito das gentes. Trata-se de um sistema de direito bem mais simplificado, despojado do procedimento formular, aplicável em relação aos estrangeiros, e que foi ganhando uma projeção cada vez maior, à medida que Roma aumentava o seu contato com outras civilizações. Assim, nessa época, vigoravam, concomitantemente, estes dois sistemas. Aos poucos, porém, o *Jus Gentium* vai influenciando o *Jus Civile*, que vai gradativamente perdendo aquele seu formalismo excessivo. Contribui bastante para esse crescimento da importância do *Jus Gentium* o trabalho dos pretores, pois que eram, tanto este quanto aquele, bastante influenciados pelos ditames da equidade e do direito natural. Outros fatores fundamentais foram a extensão da cidadania romana a todos os estrangeiros, feita por Caracala em 212 d.C., e a divisão do Império Romano em duas partes (Império do Ocidente e Império do Oriente). O fator, não obstante, decisivo nesse sentido, e que serviu para a fusão definitiva entre os dois sistemas, foi “[...] a abolição do procedimento formular feita por Diocleciano” (VENOSA, 2007, p. 46). Assim, essa fusão ocorre já no período da Monarquia Absoluta, que vai de 284 d.C., com a chegada de Diocleciano ao poder, até a morte de Justiniano, em 565 d.C., período no qual também se erigiu o maior monumento jurídico da civilização romana, contributo decisivo para a eternização do

seu direito: o Código de Justiniano, também chamado, a partir do século XII, de *Corpus Juris Civilis*. E assim, feitas estas últimas observações, adentra-se então no período da Idade Média, onde serão analisados, dentre outros aspectos, justamente o suprarreferido Código de Justiniano, além das doutrinas filosófico-cristãs e suas relações com o direito e o Estado.

4 A IDADE MÉDIA

Viu-se que o cristianismo foi o marco fundamental da dissociação entre direito e religião, e também destes em relação ao Estado. É que, a partir de então, Estado e direito passam a ser vistos como coisas em si, autônomas e independentes, distintas das da religião. Conjuntamente a essa dissociação, os antigos buscaram elucidar aquilo que se chamou de direito natural, atrelado à ideia de justiça e fundamentado pelos deuses, pela natureza e pela razão, oposto à ideia de direito positivo, artificial, posto pelos homens. O direito natural coloca-se então como uma espécie de última trincheira do misticismo no campo do direito, buscando sobreviver às investidas do direito feito pelos seres humanos. O Código de Justiniano, por sua vez, consubstancia-se em espécie de síntese, não só de todo o direito romano que lhe antecede, mas também referentemente às ideias supracitadas. É que o Estado Romano, por esses tempos, e em plena concordância com o pregado pela doutrina cristã, exercia o seu poder político e militar, em total independência dos ditames religiosos e divinos. Ademais, o próprio Código Justiniano é exemplo também da completa separação entre direito e religião, muito embora, é claro, é razoável imaginar que as antigas ideias religiosas tenham sido de alguma forma absorvidas pelo então nascente direito. Direito e religião, contudo, não mais se confundem e este código é já um exemplo dessa nova realidade. Não obstante, é também de se destacar que o imperador romano era tido como representante de Deus na Terra, permanecendo, pois, ainda alguns aspectos daquela antiga ligação. E esse será justamente o mote para a conflituosa união entre Igreja e Estado, engendrada no curso da Idade Média, e referendada pelas doutrinas filosófico-cristãs deste período. Também essas doutrinas deram a sua contribuição no âmbito do direito, em especial a doutrina escolástica, na pessoa de São Tomás, em virtude de sua teorização acerca do direito natural. Não em termos de grandes novidades, é verdade, pois seu conceito de direito natural aproxima-se em muito dos até agora vistos. Não obstante, a novidade é que ele tentará subordinar o direito natural aos ditames divinos, de uma maneira bem mais explícita, ressaltada até, buscando, dessa forma, subordiná-lo também aos preceitos da Igreja. A análise destes termos, contudo, será devidamente enfrentada no decorrer deste capítulo. Antes, contudo, é forçoso que se fale algo a respeito do Código de Justiniano.

4.1 O Código de Justiniano

Essa obra jurídica, levada a cabo pelo imperador Justiniano, no Império Romano do Oriente, nos anos de seu governo (527/565), é composta por quatro livros: Código, Digesto, Institutas e Novelas. Trata-se de uma espécie de coroamento e beijo da morte do direito romano. Ao mesmo tempo em que sintetiza todo o direito que lhe precede, prepara também as bases para o então futuro direito moderno. Além do que, segundo Venosa (2007, p. 48), “sua grandeza reside no fato de ser a última criação da ciência jurídica romana, um supremo esforço de concentrar-se um direito esparso prestes a se desagregar e a perder seu esplendor”. Destaca ainda que é tão importante para o direito moderno, como a Lei das XII Tábuas foi para o antigo. E é nesse sentido que se dá a preleção de Gaston May (1932 apud VENOSA, 2007, p. 48):

Estes dois monumentos jurídicos que se erigem nas duas extremidades da carreira percorrida pelo Direito Romano testemunham transformações profundas cumpridas nesse longo intervalo: o primeiro ainda impregnado do espírito das instituições primitivas, o segundo contendo já os princípios essenciais do direito das sociedades modernas.

Antes de seu advento, contudo, durante o período que vai do Direito Romano clássico até o Código de Justiniano, embora pouco direito se crie, já é existente uma nítida “[...] intenção de fixar uma unidade dos documentos jurídicos” (VENOSA, 2007, p. 47). Com esse intuito é que Teodósio II e Valentino III elaboram uma constituição, a *Lei das Citações*, de 426, que limita as opiniões dos jurisconsultos clássicos à opinião de tão somente cinco deles (Papiniano, Ulpiniano, Paulo, Modestino e Gaio), sendo que seus escritos passam a ter força de lei. As constituições imperiais, por sua vez, como os Códigos Gregoriano e Hermogeniano, do século IV, buscavam a reunião das *leges*, que eram as leis criadas pelos imperadores. É nesse sentido que Teodósio II, no Código Teodosiano, em 438, efetuou uma compilação das constituições imperiais que lhe antecederam, desde o governo de Constantino até o seu próprio. Por fim, diversas outras compilações buscaram unificar o *jus*, dos juristas clássicos, às *leges* imperiais. Contudo, é de se destacar que “[...] a codificação realizada no século V mostra-se incompleta e insuficiente” (VENOSA, 2007, p. 47). É justamente nesse vácuo que surge o Código de Justiniano. Esta heróica compilação, já que era enorme a quantidade de material legislativo a ser analisado, foi empreendida por uma comissão de jurisperitos, cujo destaque

fica por conta de Triboniano. Não obstante, as compilações acabaram por se dar de maneira surpreendentemente rápida, suscitando diversas teses sobre os motivos de tal realidade.

A primeira empreitada se deu com o *Código*, obra que buscava substituir os códigos Hermogeniano, Gregoriano, Teodosiano e as constituições particulares, sendo essa tentativa de unificação legislativa, aliás, o seu principal mérito. Sua segunda edição, a que chegou até os dias de hoje, foi publicada e entrou em vigor em 534. “O *Código* começa por uma invocação a Cristo, em que se afirma a fé de Justiniano” (VENOSA, 2007, p. 49) (original grifado), deixando bem clara a nova influência religiosa a ser sofrida pelos homens e as suas leis. Já o *Digesto*, também chamado *Pandectas*, é compilação de textos dos juristas clássicos que, por isso, foi mais trabalhosa, já que não se tinha ainda feito qualquer compilação nesse sentido. Era necessário, contudo, já que o *Código* era incompleto. Foi publicado e entrou em vigor em 533. Trata-se de obra essencial à jurisprudência moderna, sobretudo pelos estudos enveredados pelos pandectistas alemães. Já as *Institutas*, por sua vez, era um breve manual de estudo, baseado nas *Institutas de Gaio*, muito embora, devidamente atualizado. Foi publicado e entrou em vigor, como manual destinado ao ensino, em 533. Foi o mais popular dos quatro livros, devido à sua simplicidade e acessibilidade. Por fim, o quarto livro, as *Novelas* constituem-se nas novas constituições elaboradas por Justiniano após o advento dos três livros anteriormente citados, durante o período de 535 a 565, dispostas neste livro em ordem cronológica. Essas as principais características do *Corpus Juris Civilis*, esta “[...] obra de síntese e de fixação de um direito que estava desagregado e esparso” (VENOSA, 2007, p. 52). Tal obra “tem o mérito não só de mostrar à posteridade o direito de sua época, como também de estampar o pensamento dos juristas clássicos de muitos séculos atrás” (VENOSA, 2007, p. 52/53). Assim, também no Código de Justiniano, apogeu e síntese de todo o Direito Romano, encontramos a diferenciação entre direito natural e direito positivo. É dessa forma que se destaca o fragmento de Ulpiano (*Institutas*, 1, 2, 1 apud BOBBIO, 2006, p. 18):

O direito natural é aquele que a natureza ensina a todos os animais... O direito civil e o direito das gentes devem ser distinguidos: todos os povos que são regidos por leis e pelos costumes têm um direito que lhes é próprio em parte e em parte comum a todos os homens. Com efeito, o direito que cada povo *estabelece para si mesmo* é o direito próprio à cidade: chama-se direito civil porque é direito especial da cidade. Mas o direito que a *razão natural* estabeleceu entre os homens, que é igualmente observado entre todos os povos, chama-se direito das gentes, isto é, de todas as nações. (original grifado)

Para Bobbio (2006, p. 17), porém, o direito natural, em conformidade com o

conceito que se está trabalhando, é o direito das gentes, direito de todos os homens, ou seja, o *jus gentium*, e não o *jus naturale* citado por Ulpiano. Todavia, ressalta também que, muitas vezes, no dizer dos juristas romanos, este conceito engloba aquele. O direito positivo, por seu turno, é para ele o direito civil, o *jus civile*, o direito de uma determinada cidade, não em seu sentido estrito, contrapondo-se ao *jus honorarium*, mas o englobando. Assim, Bobbio (2006, p. 18) acaba por concluir que o *jus gentium*, baseado no ideal de *naturalis ratio*, conforme se depreende do excerto de Ulpiano, é direito natural. Já o *jus civile*, baseado nas escolhas dos próprios cidadãos, é direito positivo. Não obstante, Del Vecchio (2010, p. 38) detecta nessa primeira frase do excerto de Ulpiano um indício de que o jurista clássico entende, assim como os romanos em geral, “[...] que o fundamento do direito está na natureza mesma das coisas, naqueles motivos que, desenvolvidos maiormente no homem, estão, também, em germe, nos animais inferiores”. É que, para Del Vecchio (2010, p. 39), o direito romano dessa época possui uma divisão tripartite: direito civil (específico de cada cidade), direito das gentes (direito comum a diversos ordenamentos) e direito natural (universal, eterno e imutável). E ressalta ainda o referido autor que o *jus gentium* “[...] é conceito essencialmente romano, nascido da experiência histórica dos romanos”, ao passo que o *jus naturale* “[...] é conceito expresso pela Filosofia grega” (DEL VECCHIO, 2010, p. 39) e, logo, não se confundem, muito embora sejam conceitos ligados entre si. Isso porque um influencia enormemente o outro. Pode-se dizer, portanto, que o direito das gentes é um direito eminentemente prático, de viés universalizante, e, não sendo o próprio, é ao menos plenamente encharcado daquele ideal de direito natural, conforme preconizado pelos gregos. No entanto, observa-se que era bastante comum que aquele ideal de direito natural arrefecesse os ânimos perante o pensamento eminentemente prático dos romanos. Por isso é que Del Vecchio (2010, p. 39) destaca que “[...] os juristas romanos reconheceram a escravidão como contrária ao direito natural (pelo qual todos nascem livres); encontraram, todavia, para ela, justificativa na prática comum dos povos, no *jus gentium*” (original grifado). De qualquer forma, existe ali um direito natural e um direito positivo, bem como a sua devida diferenciação. É de se ressaltar que, a essa altura, nessa distinção feita por Ulpiano, não se fala mais em deuses. Claro que é bastante provável que se pense neles (ou Nele) como origem do que se chamou de “razão natural”. A ênfase, contudo, recai sobre a natureza das coisas e a razão humana, como que a cancelar aquela dissociação entre direito, Estado e religião que se deu com o advento do cristianismo.

4.2 A Patrística e a Escolástica

No entanto, se o cristianismo, por um lado, propiciou a completa separação entre direito e religião, por outro, a partir de determinado momento, a Igreja passa a pregar a sua superioridade moral e política em relação ao Estado. A partir deste momento, “portanto, a Igreja afirma-se como autoridade autônoma, superior ao Estado” (DEL VECCHIO, 2010, p. 42). Para isso, em nada surpreende que tenha ido buscar as bases para as suas fundamentações teológicas no próprio direito natural. Essa conceituação, por sua vez, e não podia ser de outra forma, foi buscada justamente na conceituação dos antigos. Sobre isso, Del Vecchio (2010, p. 43) observa que “é também importante notar que os padres da Igreja deduziram dos juristas romanos a concepção do direito natural (dando-lhe, todavia, uma base teológica), dominante sobre toda a lei positiva”. Na verdade, conceitualmente, essa base teológica afirmada por Del Vecchio já estava presente na concepção de direito natural dos antigos. De fato, é essa a sua origem. Somente que ela arrefeceu um pouco os ânimos durante o auge da civilização greco-romana, embora, como visto, não totalmente. A substancial diferença é que agora, mais uma vez, os deuses são outros. Ou ainda, para ser mais exato, agora o Deus é outro. Um Deus, aliás, mais forte, único, universal, onisciente, onipotente e criador de todo o universo. Exatamente dessa forma se colocaram as duas grandes correntes de pensamento reinantes na Idade Média: a Patrística e a Escolástica, que buscaram sobrepor o ideal divino ao próprio direito, em nítida oposição ao longo processo de individuação por qual passou o direito. É dizer, aproveitou-se que a religião agora já estava separada do Estado e do direito, e enveredou-se por uma nítida tentativa de se colocar acima destes institutos. É que o céu fica acima da terra.

Assim é que, acerca das relações entre o direito e a religião (ou Deus) após o advento do cristianismo, desde a sua origem até o século VIII, prevaleceu uma corrente de pensamento cristão, denominada Patrística. O seu período de vigência subdivide-se em dois grandes períodos, separados eles pelo Concílio de Nicéia, de 325. Seu principal representante, Santo Agostinho (354/430), escreveu *A Cidade de Deus (De Civitate Dei)*, onde pregava a supremacia da *civitas coelestis* (a cidade celeste) em relação à *civitas terrena*, ou seja, o Estado. Del Vecchio (2010, p. 44) observa que, para Santo Agostinho, o Estado terreno “[...] está sempre subordinado à cidade celeste, isto é, à Igreja, que tende a procurar a paz eterna”. Assim, conseqüentemente, também estará o direito. Não obstante, é no período da Escolástica (início

do Século IX até o fim do século XVI) que essa conceituação se aprofunda. Isso ocorrerá, sobretudo, por meio da obra de Santo Tomás de Aquino (1225/1274). Em sua *Suma Teológica*, segundo Del Vecchio (2010, p. 46), o filósofo cristão pretende que existam três espécies de lei: a lei eterna, a lei natural e a lei humana. A lei eterna seria a própria razão divina (*ratio divinae sapientiae*), sendo que dela os homens não podem ter conhecimento, salvo alguns poucos bem aventurados, ou somente de maneira parcial. Já a lei natural, sim, é cognoscível pela razão, em pleno acordo com a capacidade da natureza humana, sendo mesmo uma participação da lei eterna na esfera humano-racional. Por fim, a lei humana, aquela criada pelo homem. Bobbio (2006, p. 20) destaca que, em relação a esta, dois tipos há na obra tomista: a de “[...] derivação *per conclusionem* quando a lei positiva deriva daquela natural segundo um processo lógico necessário (como se fosse a conclusão de um silogismo)” (original grifado); e também a de “[...] derivação *per determinationem* quando a lei natural é muito geral (e genérica), correspondendo ao direito positivo determinar o modo concreto segundo o qual essa lei deva ser aplicada” (BOBBIO, 2006, p. 20) (original grifado). Esta última é a que vigora tão somente pela força do legislador. Bobbio (2006, p. 20) ressalta ainda um quarto tipo: a lei divina, ofertada por Deus aos homens, “positivada” (caso dos 10 mandamentos e das sagradas escrituras). O próprio Del Vecchio (2010, p. 47) também fala dela, ao dizer que, para Santo Tomás, a lei humana poderia até mesmo contrariar a lei eterna e a lei natural e, ainda assim, deveria ser obedecida, por prestígio à ordem pública. Não obstante, somente para efeitos práticos, já que, para ele, estas seriam necessariamente superiores àquela, e deveriam, pois, de alguma forma, sempre a elas se reportar. Em se tratando, todavia, da lei divina, acima de todas as coisas, não se justificaria para Santo Tomás de forma alguma essa obediência.

Desse modo, o que se observa aqui é que, após aquele doloroso processo de dissociação entre direito e religião, o pensamento cristão, nitidamente, coloca-se no sentido de tentar estabelecer uma relação hierárquica entre eles. Isso inclusive conceitualmente, conforme se apercebe da classificação engendrada por Santo Tomás. E parece que conseguiu, pois a Igreja foi realmente muito poderosa durante esse período histórico. Deus faz as leis. E as que porventura não tenha feito decorrerão das que Ele fez. O direito, por sua vez, que havia tão lentamente se instituído, não se confundindo mais em expressão divina, e conquistado sua autonomia, passou então, no âmbito da doutrina filosófico-cristã, a se quedar submisso à Igreja, devendo-lhe obediência, satisfação, adequação. Logo, o que se percebe nessa análise do período medieval, é que, assim como Santo Agostinho, “[...] também Santo Tomás formou do Estado como subordinado à Igreja, à qual deve ele obedecer sempre, ajudando-a a atingir seus

fins” (DEL VECCHIO, 2010, p. 48). Por isso é que, segundo essa doutrina medieval, consequentemente, também o direito e as leis estariam subordinados aos ditames divinos e aos propósitos da Igreja, sua representante na Terra, devendo-lhes total subserviência. Del Vecchio (2010, p. 48) resume assim essa concepção acerca da relação entre Estado e Igreja na obra dos filósofos cristãos supracitados: “Um Estado que se oponha a Igreja não é legítimo. Como representante do poder divino, tem o Papa o direito de punir os soberanos, e pode dispensar os súditos do dever de obediência a eles, desobrigando-os do juramento de fidelidade”. Trata-se de uma nítida tentativa de sobreposição da Igreja em relação ao Estado, intenção essa que terá o seu lugar durante o período medieval, mas perde bastante da sua força, e de maneira decisiva, à medida que se vão instituindo os prenúncios da Idade Moderna. Quando da chegada desse novo período, não haverá mais que se falar em tal sobreposição, como adiante se verá.

4.3 O Partido dos Guelfos e o Partido dos Gibelinos

Não obstante, é já na própria Idade Média que se começa a desenhar os ideais Renascentistas, que, por seu turno, marcarão a transição para a Idade Moderna. Conforme ressalta Del Vecchio (2010, p. 49), havia “[...] dois fundamentos sobre os quais se apoiava a vida política da Idade Média: o Papado e o Império”. Politicamente, pregava-se a superioridade hierárquica de um sobre o outro, e vice-versa, a depender do posicionamento adotado. Nesse sentido, dois conglomerados políticos se destacavam: o Partido dos Guelfos, que entendiam pela superioridade da Igreja, e o Partido dos Gibelinos, que sustentavam o contrário. Para os primeiros, em conformidade com a doutrina tomista, o Papa teria inclusive o poder de deposição do Imperador, em caso de contraposição deste aos ditames divinos. Já para os segundos, interessava-lhes a soberania estatal, libertando-se assim o Estado das interferências da Igreja. E são justamente esses os que de alguma forma contribuíram para a transição acima mencionada. Dentre os escritores gibelinos, Del Vecchio (2010, p. 50) destaca Dante Alighieri (1265/1321), em especial por força do terceiro livro de um seu tratado, intitulado *Monarquia*, onde ataca uma série de argumentos firmemente estabelecidos em favor do Papado. Destacam-se também, nesse período e na mesma linha de pensamento, dentre outros, Guilherme de Occam (1270/1347) e, com maior proeminência entre todos eles, Marsílio de

Pádua (*Marsilius Patavinus* – 1270/1342), que tem por obra principal o seu *Defensor Pacis*, de 1324. Nela, parte do pressuposto de que o poder estatal emana do povo, e que o Príncipe deve, em respeito a esse mesmo povo, total obediência às leis instituídas. Já o Papa carece de qualquer jurisdição coercitiva, seja em relação ao Príncipe, seja em relação ao povo, permanecendo a Igreja, inclusive, subordinada aos ditames estatais. Ademais, também já se delineia em sua obra a teoria do contrato social, base da jurisprudência da Idade Moderna, a ser tratada no próximo capítulo. Segundo Del Vecchio (2010, p. 54), a partir de então, “discute-se sobre o valor e sobre cláusulas do suposto contrato, mas não se põe em dúvida (até o século XVIII) a sua existência”. É o Estado, portanto, libertando-se do pesado jugo da Igreja, por um lado, e o povo, por outro, firmando-se como real fundamento do poder instituído.

4.4 Os Glosadores e a Dogmática Jurídica

Também outro acontecimento revela-se, dentre os prenúncios medievais da Idade Moderna, esse especificamente no campo do direito, e de fundamental importância para a estruturação da dogmática jurídica: é o trabalho e estudo dos glosadores. Trata-se de juristas que, a partir dos textos de Justiniano, desenvolveram um método de interpretação e explicação dos mesmos, por meio de glosas gramaticais e filológicas, daí sua alcunha. Glosas são notas explicativas, anotações marginais ao texto principal, que, no caso, eram os textos dos juristas romanos. Segundo Tercio Sampaio Ferraz Júnior (1980, p. 21), é dizer “[...] de certo modo que a chamada *Ciência europeia* do Direito nasce propriamente em Bolonha, no século XI” (original grifado), justamente pela atuação destes mesmos glosadores. É que, para o referido autor, “[...] a ciência jurídica na época dos glosadores se assume como ciência dogmática do direito, como Dogmática Jurídica, onde sobressai o caráter exegético dos seus propósitos e se mantém a forma dialético-retórica (no sentido aristotélico) do seu método” (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 22). Assim, por meio, de interpretações dos textos antigos, esses exegetas vão inaugurar uma nova maneira de se lidar com o direito. Isso porque, em contrário, “as teorizações romanas sobre o Direito estavam muito mais ligadas à práxis jurídica” (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 18). Era muito mais uma aplicação imediata do que uma interpretação ou pensamento sobre o aplicado, “[...] ao qual, porém, não falta certo senso de rigor na própria

construção de uma terminologia jurídica” (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 19). É de se repisar, contudo, que a ausência de pensamento científico permanece, pois “os romanos nunca levaram muito a sério a questão de saber se sua atividade era uma ciência ou uma arte” (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 19). Assim, o que se depreende disso é que está a se falar aqui dos primórdios da noção de uma Ciência do Direito, em acordo com a hodierna concepção do termo. Deve-se levar em consideração, no entanto, que “a expressão *Ciência do Direito* é relativamente recente, tendo sido uma invenção da Escola Histórica alemã, no século passado” (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 18) (original grifado). Os glosadores, por sua vez, são os primeiros a se colocar nesse sentido de estudo jurídico sistematizado, mesmo que ainda de maneira incipiente. Outro ponto a se destacar é que, segundo Bobbio (2006, p. 19), devidamente embasado pelas pesquisas de Kuttner, é em plena Idade Média que aparece pela primeira vez o termo: direito positivo. Isso ocorre em fins do século XI, na obra *Dialogus inter philosophum, judaeum et christianum*, de Abelardo (Patr. lat., 178, p. 1656 apud BOBBIO, 2006, p. 19), onde se vê o seguinte excerto: “*Positivae autem justitiae illud est quod ab hominibus institutum [...]*”. Sua principal característica, pois, a de ser posto pelos homens.

4.5 A Magna Carta e os Direitos Fundamentais

Paralelamente a esse crescimento doutrinário, científico e filosófico, tem-se que, politicamente, também se deve dar especial atenção, pelo intento dessa preleção, aos antecedentes dos direitos fundamentais da humanidade, que deitam em plena Idade Média as suas raízes. Direitos estes que serão consubstanciados, quando da passagem da Idade Moderna para a Idade Contemporânea, em verdadeira materialização da moderna doutrina jusnaturalista. É que, conforme nos ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2006, p. 11), “deste jusnaturalismo racionalista a doutrina dos direitos do homem é um aspecto. Mas é o que o pensamento político iluminista imortalizou”. Assim, citando-se esses precedentes históricos, prepara-se o espírito para a doutrina jusnaturalista entre os modernos, mormente em seus aspectos políticos, ressaltados pelas doutrinas do contrato social, bem como para as suas implicações filosóficas, sociais e jurídicas. Para tal, destaca-se de pronto que “o registro de direitos num documento escrito é prática que se difundiu a partir da segunda metade da Idade

Média” (FERREIRA FILHO, 2006, p. 11). Dessa forma, por exemplo, eram os forais e as cartas de franquia. “Nestes, que os senhores feudais, mormente os reis, outorgavam, inscreviam-se direitos próprios e peculiares aos membros do grupo – direitos fundamentais, sem dúvida – para que, por todo o sempre, fossem conhecidos e respeitados” (FERREIRA FILHO, 2006, p. 11). São ainda restritos a determinadas comunidades, mas possuem diversas das características dos direitos fundamentais a serem proclamados pelos modernos e contemporâneos.

Não obstante a importância de tais documentos, no intento de agora, dentre todos os que se revelam como verdadeiros antecedentes históricos do advento do Estado de Direito no período da Idade Média, o mais importante deles é sem dúvida alguma a famosa *Magna Cartha Libertatum*, de 21 de junho de 1215. Ou, simplesmente, Magna Carta. Trata-se do primeiro documento jurídico-político onde o Estado abdica de parcela de seu poder, em face dos cidadãos. Por isso que se diz que é documento precursor da denominada *Era dos Direitos* (BOBBIO, 2004), em contraposição a uma era em que avultavam, antes de tudo, os deveres dos cidadãos na esfera política e civil. Essa, a principal característica deste documento, que, embora outorgado por João Sem Terra aos cidadãos ingleses, trata-se, na verdade, de “[...] um dos muitos pactos da história constitucional da Inglaterra” (FERREIRA FILHO, 2006, p. 11). Isso é assim porque “[...] efetivamente consiste no resultado de um acordo entre esse rei e os barões revoltados, apoiados pelos burgueses (no sentido próprio da palavra) de cidades como Londres” (FERREIRA FILHO, 2006, p. 11). Nessa carta, contempla-se, pois, uma infinidade de direitos, que serão tomados eles como naturais pelos contratualistas, e que serão parte essencial das declarações de direitos fundamentais, que irão, ao futuro, inaugurar a Idade Contemporânea e os Estados Modernos. É dessa forma, por exemplo, que se prenunciam: o direito de ir e vir, a inviolabilidade de domicílio, o devido processo legal, o juiz natural e o tribunal do júri (julgamento pelos seus pares). Por fim, destaca Ferreira Filho (2006, p. 12) também que é dessa forma que a Inglaterra, pela soma dos *Bills* e do trabalho jurisprudencial de seus tribunais, atinge o assim chamado *rule of law*. Sobre o mesmo, Ferreira Filho (2006, p. 12) argumenta que “[...] consiste exatamente na sujeição de todos, inclusive e especialmente as autoridades, ao império do Direito. Equivale, pois, ao Estado de Direito como limitação do poder num sistema de direito não escrito”. Assim, feitas essas finais considerações, acerca do prenúncio dos direitos fundamentais da humanidade, projeta-se então, a partir de agora, esta breve análise histórica, ao período da Idade Moderna, onde irá dar-se, dentre outras coisas, o apogeu do movimento renascentista e também o da conceituação acerca do direito natural.

5 A IDADE MODERNA

Com efeito, é a partir do Renascimento que se estabelece o jusnaturalismo propriamente dito, ou seja, tomado em seu sentido mais estrito. Isso ocorre, principalmente, por meio de uma nova visão acerca do direito natural e das teorias do contrato social, que, por sua vez, servirão ao propósito de justificativa e fundamento do direito e do Estado. Segundo Limongi França (1963, p. 28), “à concepção clássica do Direito Natural, que dominou o pensamento jurídico medievo, sucedeu o *Jusnaturalismo*, cuja maior e mais autêntica expressão foi Hugo Grotius, com a celeberrima obra *De Iure Belli ac Pacis*” (original grifado). Já Paulo Nader (2007, p. 131), por outro lado, prefere chamar de Escola Clássica do Direito Natural justamente esse período que agora se inicia. De qualquer forma, independentemente da nomenclatura utilizada, o que primordialmente se deve destacar é que realmente há diferenças bastante razoáveis entre o jusnaturalismo até aqui versado e esse outro, advindo no bojo do Renascimento, que agora se estabelece. Afinal, muitas foram as alterações trazidas pelo movimento renascentista europeu, que “representa essencialmente a liberação do espírito crítico, deprimido e sufocado, por longo tempo, pelos excessos de dogmatismo” (DEL VECCHIO, 2010, p. 58). Persevera-se, porém, no posicionamento tomado acerca do uso de terminologia, pois que estes conceitos de direito natural todos, em que pesem as suas diferenças e particularidades, devidamente tratadas no curso desta apreciação acadêmica, possuem enormes semelhanças entre si. E isso de maneira suficiente para colocá-los todos sob a égide de um mesmo termo genérico: o jusnaturalismo (aqui, porém, como se vê, tomado em seu sentido mais amplo). Entende-se inclusive ser a escolha mais adequada, em especial, tendo-se em vista um critério organizacional e também para efeitos didáticos. Contudo, não se pode deixar de ressaltar que várias são as características da modernidade incorporadas a estes novos conceitos de direito natural, bem como da doutrina do contrato social, estabelecendo mesmo como que um auge desses conceitos, diferenciando-os sobremaneira daqueles anteriormente existentes e que versavam sobre os mesmos assuntos. Dessa forma, Tercio Sampaio Ferraz Júnior (1980, p. 22) acaba por se referir aos pensadores dessa época como “os jusnaturalistas da era moderna”; incorporando, pois, tanto um quanto outro aspecto. Antes, contudo, de se tratar desse moderno jusnaturalismo, é preciso destacar alguns aspectos relativos ao próprio Renascimento.

5.1 O Antropocentrismo Renascentista e o Direito

No que concerne, portanto, a essas novidades trazidas pelo Renascimento, o que principalmente ocorre é que, a partir de agora, inicia-se um grande processo de transição da visão de Deus como centro do universo (teocentrismo), para uma outra que, diferentemente, coloca o homem nessa posição (antropocentrismo). É verdade, contudo, que esse moderno antropocentrismo, assim como aquele da antiguidade, que, aliás, tão próximo se lhe apresenta, institui-se ainda de uma maneira bastante relativa. É que: se por um lado, as figuras humanas das pinturas e esculturas renascentistas são produzidas com especial detalhamento de musculatura, beneficiado este detalhar pela difusão da prática da dissecação de cadáveres (anteriormente, totalmente impensada); por outro, essas mesmas figuras aparecem ainda, com reiterada frequência, olhando para os céus, em cenas religiosas ou de franca adoração. É certo que a influência da civilização greco-romana coloca o pensamento do moderno em um outro parâmetro, bem diverso daquele a que estava submetido durante a Idade Média. Contudo, é de se destacar também que a onipotência de Deus na cabeça dos homens, bem como a igualmente onipotente atuação da Igreja no mundo terreno, ainda são uma realidade bastante presente. Em exemplificação do ora alegado, basta que se lembre dos afrescos de Michelangelo na Capela Sistina, pintura ao mesmo tempo humanística e de divina adoração, a adornar aquele altar, com a sua cena do juízo final, e também aquele teto, com seus profetas e querubins. Os ideais cristãos perpassam, ainda fortemente, toda a produção cultural dessa época, muito embora isso se vá amainando à medida em que se vai progredindo na linha histórica. De qualquer forma, é fato que o homem começa a se perceber como um construtor de cultura e desvia inegavelmente o seu foco de atenção, antes totalmente no sentido de Deus, voltando-o para si próprio.

Em decorrência disso, perdem poder, a partir de agora, os representantes de Deus na Terra, a saber: a Igreja, já num primeiro momento, e o Soberano, mais lentamente, ao longo de toda a modernidade. Isso se dá de maneira gradual, progressiva, mas também de maneira decisiva. Paralelamente, no campo mais específico do direito, começa a se estabelecer, com uma nova e decisiva força, a percepção humana de que são eles próprios, os homens, que fazem as leis. Isso não é plena novidade, pois, conforme o que se viu na seção deste estudo dedicada à Idade Antiga, a origem mais distante dessa percepção está mesmo é na previsão da

tábua décima primeira da Lei das XII Tábuas. Tal dispositivo foi, a um só tempo, semente e fruto do também relativo antropocentrismo de então. Não obstante, isso ressurgiu agora, de maneira revigorada, e até mesmo aprofundada, após um grande período de total submissão dos homens a leis que absolutamente não lhe diziam respeito. Diz-se isso porque, “na Idade Média, o homem reputava-se subordinado a leis extrínsecas, das quais não se reconhecia o autor, mas tão-só sujeito passivo” (DEL VECCHIO, 2010, p. 58). Essa noção vai ainda perseverar em seu curso evolutivo, até chegar à clara noção de que o homem é portador não só de deveres, mas também de direitos, e de que ele próprio, enquanto cidadão, consubstancia-se no único e real fundamento de todo e qualquer poder constituído, bem como da ordem jurídica que lhe dá sustentação. Essa completude de noção irá ocorrer justamente na passagem da Idade Média para a Idade Contemporânea, sobretudo pela força das modernas e contemporâneas declarações de direitos humanos, em conjunto com o pleno estabelecimento dos Estados de Direito, com os seus respectivos códigos e constituições. Nesse sentido, elucida e conclui Bobbio (2004, p. 78):

É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos.

Assim, cristalina a constatação de que, no âmbito das primeiras discussões político-filosóficas acerca do Estado e do direito, reafirmando-se as ideias acima preconizadas, a participação da Igreja tende a um bastante considerável retraimento. É que, conforme ressalta Del Vecchio (2010, p. 59), “demonstrado que a Terra não é, como se cria, o centro fixo do mundo, mas uma poeira infinitesimal, abriu-se espaço a novas concepções da natureza e também a várias formas de panteísmo”. E nesse processo, também se alteram as concepções acerca do Estado e do direito. Trata-se, na verdade, de um início do processo de laicização do Estado e do direito, em total conformidade com os novos ideais científicos e antropocêntricos. O giro copernicano, afinal, acabou por repercutir também os seus efeitos no âmbito da sociedade política em geral, e assim também se fez no direito. Esses dois aspectos são nitidamente observáveis no pensamento de diversos jurisfilósofos desse momento histórico, por meio da análise de suas obras e conceitos. E, nesse sentido, as duas meninas dos olhos do jurisfilósofo moderno serão justamente as doutrinas do contrato social e as novas conceituações acerca do direito natural. E mesmo que, ainda aqui, esteja a se falar em direito natural, serão

privilegiadas, de um modo geral, como mais adiante se verá, as suas características de um direito originário da natureza ou da reta razão, em franco desfavor da justificação divina. Além do mais, será também bastante freqüente a sua umbilical ligação com as diversas doutrinas do contrato social. Não é demais lembrar, contudo, que, conforme já se afirmou, esse apregoado giro copernicano jurisfilosófico somente se fará completo quando da instituição dos Estados de Direito, na transição da Idade Moderna para a Contemporânea. E é nesse sentido que se pode afirmar que a Idade Moderna é de fato um longo período de transição. As mudanças surgidas no início de sua vigência (pois, mesmo que possuam os seus antecedentes já na Idade Média, é somente aqui que elas se instituem de fato) terão o seu auge justamente nas revoluções burguesas, que irão marcar o início da Idade Contemporânea. Em grande parte, servir-lhes-ão, inclusive, enquanto justificativas. Assim, a colocação de Del Vecchio (2010, p. 57):

[...] manifestava-se [...] a tendência a assegurar a necessária autoridade e a estabilidade do Estado, embora sob a forma de contrato. Chegou-se, assim, através de graus (como veremos), ao conceito do Estado de direito, prenunciado pelos *bills of rights*, e pela *declaração dos direitos*, isto é, dos princípios da revolução inglesa, americana e francesa, que tendiam a garantir os direitos individuais de liberdade nos limites da soberania do Estado (original grifado).

Dessa forma, percebe-se com clareza que o antropocentrismo renascentista, mesmo que ainda limitado, influenciou todo o pensamento que lhe sobreveio, inclusive no âmbito do direito. Esse antropocentrismo será, ainda no curso da Idade Moderna, bastante aprofundado pelas doutrinas dos Iluministas, também eles contratualistas e naturalistas, embora diferente. É que, na obra destes jurisfilósofos, o argumento de procedência divina, em âmbito geral e, em especial nos seus principais expoentes, tenderá a um retraimento ainda maior. Assim, a Idade Moderna, mais do que um período antropocêntrico, é um grande processo de centralização do ser humano em seu próprio mundo. Antes, porém, de se aprofundar toda essa discussão, aqui somente acenada, é preciso situar os elementos no tempo e no espaço. É preciso dar um passo de cada vez, afinal. Passa-se agora, portanto, a uma breve análise dos fatores contribuintes para o pleno estabelecimento do Renascimento, bem como de suas características e personagens principais, em âmbito de generalidade, e que contribuíram para toda a problemática mais específica no âmbito jurisfilosófico e do próprio direito em si mesmo.

5.2 O Renascimento e o Moderno Pensamento Científico

Primeiramente, é de se destacar que as alterações trazidas pelo advento da modernidade ocorreram, em grande parte, devido à grande imigração de sábios gregos, especialmente para a Itália, já antes da Queda de Constantinopla, marco divisor das duas eras, e ainda mais após a ela. Tais sábios, “[...] tendo conservado em parte os tesouros do saber antigo, contribuíram para reavivar o espírito da civilização clássica, daí a fazer surgir um novo humanismo em oposição ao espírito ascético dominante na Idade Média” (DEL VECCHIO, 2010, p. 58). Outros fatores, contributos ao avanço do Renascimento, e, concomitantemente, já expressões mesmas de seu estabelecimento, foram: a invenção da imprensa (Gutemberg), as descobertas geográficas (Expansão Marítima) e a Reforma Religiosa (Lutero, Calvino). Particular importância nessa reviravolta do pensamento humano teve a assim chamada revolução copernicana. Nicolau Copérnico (1473/1543), em seu livro *Da revolução das esferas celestes*, publicado em 1543, ano de sua morte, foi quem pela primeira vez afirmou que não era o Sol que girava em torno da Terra, mas exatamente o contrário. Está-se a falar aqui do assim chamado: *heliocentrismo*. Segundo Gilberto Cotrim (2006, p. 130), essa nova formulação “[...] atingia a concepção medieval cristã de que o homem é o ser supremo da criação e, nessa condição, seu habitat, a Terra, deveria ter o privilégio de ser o centro em relação aos outros astros”. Continuator do pensamento de Copérnico, e também considerado como espécie de fundador da física moderna, é Galileu Galilei (1564/1642), idealizador e utilizador de um método baseado na observação, no experimento e nas premissas da matemática. Essa revolução científica iniciada por Copérnico, em oposição ao geocentrismo ptolomaico, acabará por se completar com Isaac Newton (1642/1727), já no Século das Luzes, e a sua concepção do mundo enquanto máquina (mecanicismo), dando origem à assim chamada física clássica.

Deve-se destacar também, e até mesmo sobretudo, os “[...] dois pensadores com os quais a Filosofia moderna se anuncia propriamente em seus caracteres programáticos e sistemáticos [...]” (DEL VECCHIO, 2010, p. 65), a saber: Francis Bacon (1561/1626) e René Descartes (1596/1650). Bacon, em seu combate aos ídolos (mitos, preconceitos e falsos conceitos), acaba por praticamente fundar o método indutivo (COTRIM, 2006, p. 135). Sua investigação científica era eminentemente empírica, e plenamente calcada na experiência e na observação dos fenômenos naturais. Já Descartes, de outra forma, e fazendo-lhe espécie de

contraponto, com o seu *cogito ergo sum* (penso, logo existo), pregava uma preponderância do racionalismo idealista e uma assaz desconfiança das percepções sensoriais. O problema gnoseológico resolve-se para ele na própria consciência do homem, princípio de toda certeza. Trata-se de contradição que voltará à tona em diversas outras oportunidades no curso da história. Ambas as correntes de pensamento, contudo, embora divergentes nos aspectos ressaltados, são também coincidentes, em especial no tocante à sua essência e também pela função que desempenharam naquele momento histórico. É que ambas implicam em real “[...] afirmação dos poderes cognoscitivos da razão humana, pois pressupõe que a razão humana esteja em condições de, por si, descobrir a verdade, perquirindo os fenômenos”, como pondera Del Vecchio (2010, p. 66). Assim, é de se constatar que ambas são essencialmente antropocêntricas e cientificamente metodológicas. Portanto, conforme aos novos ideais.

Já o direito, por sua vez, também não ficará alheio a toda essa mudança de paradigmas. Especificamente, pode-se dizer que é justamente aqui que ele começa a colocar-se nos termos próprios de uma ciência. É que, desde então, “o direito não mais se estuda sob fundamento teológico, mas sob bases humanas e racionais” (DEL VECCHIO, 2010, p. 60). Isso porque, não obstante o tímido passo inicial dos glosadores nesse sentido, é somente agora que ele passa a apresentar uma dose bastante razoável de sistematicidade. Esse é o pensamento de Tercio Sampaio Ferraz Júnior (1980, p. 24), que assim se coloca: “A jurisprudência européia, que até então era mais uma ciência de exegese e de interpretação de textos singulares, passa a receber um caráter lógico demonstrativo de um sistema fechado, cuja estrutura dominou e domina até hoje os códigos e os compêndios jurídicos”. O direito, em verdade, incorpora a ciência racionalista (ou, de outra forma, é por ela incorporado), eminentemente exata e matemática, dos pensadores modernos. Destaca também o supracitado jurisfilósofo a força adquirida pela teoria jurídica enquanto “[...] instrumento de *crítica* da realidade” (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 26) (original grifado), exercida ela, substancialmente, por meio de “[...] padrões éticos contidos nos princípios reconhecidos pela razão” (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 26). Não obstante, ressalta ainda o referido autor que o jusnaturalismo, não consegue, por outro lado, romper “[...] com o caráter dogmático, que tentou aperfeiçoar ao dar-lhe a qualidade de sistema, que se constrói a partir de premissas cuja validade repousa na sua generalidade racional” (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 26). Adquire, desde então, foros científicos, mas ainda fundada em dogmas. Com relação aos aspectos científicos adquiridos pelo direito, constituindo uma germinal Ciência do Direito, bastante elucidativa a asserção de Ferraz Júnior (1980, p.24):

Numa teoria que deveria legitimar-se perante a razão, mediante a exatidão matemática e a concatenação de suas proposições, o Direito conquista uma dignidade metodológica toda especial. A redução das proposições a relações lógicas é pressuposto óbvio da formulação de “leis naturais”, universalmente válidas, a que se agrega o postulado antropológico, que vê no homem não um cidadão da Cidade de Deus ou (como no século XIX) do mundo histórico, mas um ser natural, um elemento de um mundo concebível segundo as leis naturais.

E é nesse sentido, intrinsecamente ligado a essa idéia mesma de sistema e antropocentrismo, mas já mais especificamente no tocante à filosofia do direito, que irá evoluir também aquelas já existentes conceituações acerca do direito natural (Aristóteles, Cícero, Ulpiano, Santo Tomás de Aquino). Agora, porém, em outro contexto histórico. Noutra plano, embora paralelamente, e de maneira interligada, também será plenamente desenvolvida a doutrina do contrato social (já prenunciada por Epicuro e germinalmente desenvolvida por Marsílio de Pádua), Antes, contudo, é forçoso que se façam algumas observações relativas à generalidade do novo patamar em que se coloca o pensamento político renascentista.

5.3 O Estado: Governantes e Governados

Primeiramente, em relação aos aspectos políticos e sociais dessa nova transição de eras, é de se ressaltar que eles adquirem novos contornos factuais. E o que acontece nesse sentido é que, em substituição aos feudos medievais, “formam-se grandes Estados, grandes monarquias, com territórios determinados, mas independentes da hegemonia do Papado e do Império, e verdadeiramente soberanas” (DEL VECCHIO, 2010, p. 60). Em consequência a essas formações, ou seja, dessas assim chamadas Monarquias Nacionais (ou Estados Absolutistas), acontece que a participação da Igreja também nas discussões acerca do Estado passa a ser cada vez mais irrelevante. Num Estado que se pretende, e almeja ser cada vez mais, laico, a discussão acaba por recair nas relações “[...] entre governados e governantes no Estado. Não mais, como na Idade Média, entre a Igreja e o Império” (DEL VECCHIO, 2010, p. 60). Nesse intento, alguns autores tenderão mais para o lado do Estado (absolutistas) e outros, mais para o lado do Povo (democráticos ou liberais). Assim é que se tem que o chamado Estado de Direito, contemporaneamente instituído em sua completude, tem aqui a sua origem mais

imediatamente. Deve, pois, muito de sua formulação aos escritos de um filósofo e político renascentista Niccoló Machiavelli (Nicolau Maquiavel – 1469/1527), que lhe delineou os primeiros contornos. Sem adentrar numa discussão moral acerca de sua obra, tão difundida quanto irrelevante, o fato é que foi o primeiro a se utilizar do vocábulo *Estado*, tal como utilizado nos dias de hoje. Isso ocorre em sua obra *O Príncipe*, de 1513, espécie de manual prático de atuação política, e cujo intuito principal era o de buscar a unificação da Itália, bem como o de constituí-la em um Estado independente. Nela, logo em seu primeiro capítulo, “Os vários tipos de Estado, e como são instituídos” (MACHIAVELLI, 2007, p. 29), assim ele se pronuncia: “Todos os Estados que existem e já existiram são e foram sempre repúblicas ou principados” (MACHIAVELLI, 2007, p. 29). Esta, a original referência acima aludida, tanto no tocante ao uso do vocábulo, quanto no tocante à relação entre governados e governantes. Ressalta-se também, neste intento de busca pelos delineamentos do pensamento político renascentista, a importância de outro escritor, também ele eminentemente político, prático e absolutista, assim como Maquiavel. Está a falar-se aqui de Giovanni Bodin (1530/1596), cujo maior contributo para a ciência política foi uma definição mais bem delineada acerca do conceito de soberania, antes totalmente impossibilitado pela incidência dos aspectos divinos na pessoa do imperador, e que foi levado a cabo em sua obra principal *Da República*, de 1577. Por meio dela, “Bodin afirma que em todo Estado deve existir um poder supremo, uno e indivisível (não há Estado sem poder soberano)” (DEL VECCHIO, 2010, p. 63). Para ele, exercia esse poder aquele que fazia as leis. Trata-se de um prenúncio afirmativo, portanto, do princípio da onipotência do legislador, conceito tão caro aos juspositivistas contemporâneos. Além do que, pela incidência da obra destes dois práticos e políticos pensadores, já se vê com clareza a anunciação da formação do Estado laico, em franco desfavor do poder da Igreja.

5.4 A Doutrina do Contrato Social

Noutro aspecto, embora ligado a essa formação mesma dos Estados Modernos, já que os busca justificar, é de se destacar essa que foi uma das principais concepções jurídicas advindas da produção jurisprudencial desse momento histórico, e em total consonância com o até agora já tratado sobre a Idade Moderna: a doutrina do Contrato Social. Nesse intento, vários

foram os autores que se pronunciaram sobre o assunto. Serão destacados aqui os principais deles, em tempo oportuno e com as suas devidas especificações. Não obstante, em cômputo de generalidade, é de se afirmar que, segundo essa concepção, teria existido um momento, anterior à reunião dos homens em sociedade (fundação de um Estado), e que foi então chamado de *status naturae*. Neste estado de natureza, “[...] os homens teriam vivido sem leis, sem autoridade, e sem governo, entregues inteiramente a si mesmos” (DEL VECCHIO, 2010, p. 54). Os autores divergem bastante sobre o fato de esse anterior período ter sido melhor ou pior do que aquele que o sucedeu. De fato, a abordagem sobre o tema é, de uma maneira geral, bastante maniqueísta. Assim, para uns, o estado de natureza é algo tal como o paraíso, sendo que a civilização chegou para findar esse estado benfazejo. Já para outros, trata-se de um momento encharcado de medo e de insegurança, em virtude da total falta de ordenação. Difícil a comprovação da real existência desse alegado momento anterior, se não se quer dizer realmente impossível. Ademais, mesmo ele tendo existido, não se pode determinar com precisão e acerto o que de fato ocorreu. Por isso é que Del Vecchio (2010, p. 83) chega inclusive a afirmar que “os jusnaturalistas seguem um método ambíguo, e por isso imperfeito: dão forma de narrativa histórica aos postulados ideais, e não ousam afirmar esses postulados sem buscar alguma comparação histórica. Também eles são semi-idealistas, e, podemos dizer ainda, pseudohistóricos”. Isso porque se trata de uma história conjectural, meramente especulativa.

Fato é que, não obstante as discordâncias entre tais pensadores e as possíveis limitações de tais teorias, todos os contratualistas, em suas respectivas teorias, concordam com essa anterior existência (*status naturae*), ainda que discordem sobre a sua constituição. Concordam também, estes pensadores todos, que esse primordial estado de natureza foi posteriormente substituído por um outro, denominado *status societatis*, e que se institui no exato momento em que o homem passou a conviver em sociedade, através de regras e ordenações, típicas de um Estado, mesmo que ainda de maneira primitiva. Essa passagem, por sua vez, e é esse justamente o cerne dessa teoria, “[...] faz-se através de um contrato, por cuja força os homens se obrigam a respeitarem-se mutuamente e a conviverem pacificamente (*pactum unionis*)” (DEL VECCHIO, 2010, p. 55). E é justamente esse o chamado contrato social (ou também, de outra forma, pacto social). Em consequência, aqueles que contrataram entre si estabelecem então um Estado, designando desde já o seu governante. Dessa forma, é de se alegar que a intenção primeira dessa doutrina política é a de demonstrar que o poder tem sua origem primeira no próprio povo que o institui. Por isso é que alguns pensadores dessa época chegam inclusive a defender o poder de rebelião popular, que seria justificável pela eventual

ocorrência da quebra deste mesmo pacto por parte do Príncipe. Não obstante, outros contratualistas irão apregoar justamente o contrário: o contrato é de fato uma abdicação voluntária da liberdade, feita pelos cidadãos em favor da coroa, lastreada ela na proteção oferecida por este àqueles. Justificar-se-ia, dessa forma, o absolutismo. Ressaltando a questão da soberania popular, e a conseqüente responsabilidade estatal pela garantia e salvaguarda dos direitos naturais, em virtude do pacto firmado, coloca-se Del Vecchio (2010, p. 57):

Com a teoria do contrato social se quis, primeiro, afirmar em geral a soberania popular como poder absoluto, indeterminado; depois, cuidou-se de determinar as conseqüências jurídicas, as cláusulas do hipotético contrato, vindo-se, desse modo, a investigar quais os direitos que o povo se reservou, e em quais casos e modos poderia exercitá-los. Começou-se, assim, a formular os direitos individuais, buscando-se manter possivelmente no estado de sociedade aqueles direitos que se dizia terem existido no estado de natureza (liberdade, igualdade, etc.).

Assim, como se percebe, a partir da premissa contratual hipotética, erigiu-se toda uma nova concepção do direito, fulcrada na prévia e natural existência de determinados direitos, e que deviam ser observados pela sociedade civil. Essa observação se dá de diversas formas, ao variar das teorias escolhidas, da mesma forma que variam bastante as percepções sobre quais são exatamente esses direitos naturais. Fato é que estes direitos existentes no estado de natureza seriam justamente os compositores do, assim chamado pelos jusnaturalistas modernos: direito natural. A partir de agora, debruça-se, pois, sobre esse conceito.

5.5 A Moderna Concepção do Direito Natural em Grotius

Assim que, no esplendor da Idade Moderna, e em consonância com o até agora visto, avulta, dentre outros, o pensamento de Hugo Grotius (1583/1645), ou simplesmente Grócio. Trata-se de uma espécie de precursor da moderna Filosofia do Direito, já que o seu estudo recai sobre os próprios fundamentos do direito, seus princípios, e não sobre matéria eminentemente política, como ocorria com Maquiavel ou Bodin. Em sua principal obra, *De Jure Belli Ac Pacis*, ou seja, *Do Direito da Guerra e da Paz*, publicada em 1625, Grócio versará, sobretudo, sobre o Direito Internacional. Este, em Grócio, fundado em base diversa

daquelas internamente positivadas em cada um dos Estados, faz com que, para muitos, ele seja tomado como um seu precursor. E muito embora outros autores lhe tenham antecedido, em ambos os intentos, é nele realmente que se observa uma maior completude de obra. Perdidas as forças políticas do Império e da Igreja, o pensamento de Grócio, influenciado pela revalorização da civilização greco-romana, vai buscar os seus fundamentos na razão e na natureza. E muito embora parta, assim como Santo Tomás de Aquino, do conceito aristotélico do homem como ser eminentemente social e, portanto, destinado a uma sociedade política, sendo mesmo um aspecto de sua natureza, para Grócio, o mesmo não ocorreria com o próprio contrato social, que via como “[...] um ato exterior, uma manifestação que deriva da opinião e de uma certa oportunidade do momento, não já da natureza própria do homem” (DEL VECCHIO, 2010, p. 72). Por isso é que se pode dizer que ele crê em uma espécie de contrato social empírico, já bem revelando o espírito da época que ainda se inicia. Por outro lado, entendia também que os súditos abdicavam a sua liberdade em favor de um rei, e que o contrato, uma vez firmado, deveria ser cumprido. Esses conceitos serão questionados mais a frente por Locke e, ainda mais fortemente, por Rousseau. É o que se diz sobre o assunto, pois outros contratualistas, mais emblemáticos, serão abordados logo mais adiante com maior vagar e detalhamento. Interessa mais aos rumos desta preleção, o particular da sua conceituação acerca do direito natural. Sobre isso, destaca-se que Grócio (2005, p. 78) entende que “a melhor divisão do direito [...] é a que se encontra em Aristóteles, segundo a qual há um direito natural e um direito voluntário [...]”. Está referindo-se àquele excerto presente na *Ética a Nicômaco* e reproduzido no terceiro capítulo deste trabalho. Daí parte o seu conceito, tão representativo do jusnaturalismo tomado em seu sentido estrito, e também reproduzido pelas obras de Del Vecchio (2010, p. 69) e Norberto Bobbio (2006, p. 20/21), não obstante as pequenas variações de tradução. Nos exatos seguintes termos, coloca-se Grócio (2005, p. 79):

O direito natural nos é ditado pela reta razão que nos leva a conhecer que uma ação, dependendo se é ou não conforme à natureza racional, é afetada por deformidade moral ou por necessidade moral e que, em decorrência, Deus, o autor da natureza, a proíbe ou ordena.

Segundo Del Vecchio (2010, p. 69), esse moderno conceito jusnaturalista consubstancia-se em uma nítida tentativa de desvencilhamento da doutrina teológica, já que o direito natural, para Grócio, seria, pois, ditado pela reta razão e em conformidade com a natureza racional. Para tanto, o eminente jurisfilósofo (DEL VECCHIO, 2010, p. 69) cita outro

excerto da obra de Grócio. Reproduz-se aqui o texto, apregoado por Del Vecchio, conforme encontrado na obra de Grócio (2005, p. 40): “O que acabamos de dizer teria lugar de certo modo, mesmo que se concordasse com isso, o que não pode ser concedido sem um grande crime, isto é, que não existiria Deus ou que os negócios humanos não são objetos de seus cuidados”. Ou seja, suas afirmações (de Grócio) acerca do direito natural independem da existência de Deus ou de sua interferência nas coisas dos homens. Deus é colocado como que a parte dessa discussão. Observa-se, no entanto, que, em sentido contrário, o pensador acredita na necessária existência de Deus e, da mesma forma, que ele necessariamente cuida das coisas humanas. Chega até mesmo a classificar a desdita sobre tal existência e divinos cuidados como um grande crime, tamanha a sua certeza. Confirmam ainda essa observação, os seguintes excertos, retirados da mesma obra de Grócio, e expostos logo após àqueles outros acima destacados: “[...] disso se segue que devemos obedecer a Deus, sem exceção [...]” (GROTIUS, 2005, p. 40/41). E diz ainda: “Nisso, nós Cristãos, acreditamos convencidos de que somos testemunhas por nossa fé indubitável” (GROTIUS, 2005, p. 41). Ademais, compulsando-se a obra de Grócio, percebe-se que as referências a Deus são uma constante inarredável. Por certo, diz Grócio, claramente, que Deus indubitavelmente existe e, ao mesmo tempo, fala ele em natureza racional. Como ele concilia tais coisas? Tomando-se a sua proposição pelo contrário, tem-se que, para Grócio, Deus, enquanto autor da natureza, proíbe determinadas ações, consideradas imorais, e ordena outras, necessárias ao exercício da correta moralidade. Estas, são justamente as que se conformam à natureza racional. Por fim, o direito natural, ditado pela razão, é aquele que busca mostrar justamente o que é naturalmente racional. Logo, o direito natural é também aquele que decorre de uma necessidade moral, por ordem de Deus.

Dessa forma, fica bastante claro que, ainda aqui, a conceituação de direito natural ainda persiste bastante fundamentada na existência e atuação divina, apesar de serem ressaltados outros aspectos, decerto, mais condizentes com o espírito da época. Não obstante, é forçoso ressaltar a concomitante existência de uma nítida mudança no foco. Agora, para se descobrir as verdades últimas, os desígnios divinos, basta tão-só a observação racional da natureza, e não mais uma interpretação teleológica. Nesse sentido, é nítida também a intenção de Grócio, enquanto arauto do pensamento moderno, relativamente antropocêntrico, em buscar maior autonomia do pensador no âmbito da filosofia política e jurídica. Afinal, ele ressalta que diria o que diz, de qualquer forma, independentemente da existência ou não de Deus, bem como de sua influência ou não nas coisas humanas. E isso não é pouca coisa. E é justamente nesse outro sentido que, corroborando com aquela ideia primeira de viés antropocêntrico,

intensificando-a inclusive, Grócio (2005, p. 81) afirma que: “O direito natural é tão imutável que não pode ser mudado nem pelo próprio Deus”. A imutabilidade, antes característica ligada sempre à ideia de Deus, agora se justifica, em Grócio, pela natureza das coisas. E isso de tal forma que nem mesmo Deus poderia alterar. É uma novidade. E é nesse sentido que se vê como bastante razoável aquela afirmação de Del Vecchio, supracitada e destacada no início deste parágrafo. Em resumo, pode-se dizer que é a razão e a natureza figurando como características principais do direito natural; contudo, sempre, ainda aqui, sob os onipotentes olhos divinos.

Por fim, é também de se destacar, a título de complemento, que, para o filósofo (GROTIUS, 2005, p. 85), o direito natural poderia ser provado de duas formas distintas: *a priori*, “[...] demonstrando a conveniência ou a inconveniência necessária de uma coisa com a natureza racional e social” ou *a posteriori*. Nesta segunda maneira, considera-se “[...] que uma coisa é de direito natural porque é tida como tal em todas as nações ou entre as que são mais civilizadas” (GROTIUS, 2005, p. 85). Quanto ao segundo método, constitui-se ele já num espírito empirista, tão louvado por Bacon e nítido sinal dos novos tempos. Aqui, contudo, em Grócio, ele é tomado apenas como um método menor. Afinal, para ele, as conclusões desse método advindas somente podem ser tomadas enquanto mero juízos de probabilidade. São indícios somente da real existência da razão natural, que é no que ele realmente crê. É que ele entende que “[...] o direito natural deve valer propriamente por si mesmo, ainda se violado ou desconhecido” (DEL VECCHIO, 2010, p. 71). Vale dizer, aprioristicamente, em total independência de sua confirmação factual, e cognoscível por meio do uso da *naturalis ratio*.

5.6 O Contratualismo Absolutista de Hobbes

Não obstante as doutrinas do Contrato Social já destacadas (Marsílio de Pádua e Hugo Grotius), pode-se afirmar que o primeiro grande contratualista foi mesmo Thomas Hobbes (1588/1679), pensador inglês, empirista e cuja filosofia possui um estreito vínculo com o pensamento político. Liga-se, portanto, por este último aspecto, ao pensamento de Maquiavel e Bodin, muito embora seja muito mais um filósofo, um teórico da política, do que um seu praticante (como foram os outros dois). Para Hobbes (COTRIM, 2006, p.149/150), a realidade é algo consistente em corpo (materialismo) e movimento (mecanicismo). Tampouco crê ele no

acaso e na liberdade, mas somente no condicionamento. É em sua obra mais proeminente, *O Leviatã*, de 1651 (assim titulada em referência ao monstro bíblico do Livro de Jó), que Hobbes irá desenvolver a sua teoria do contrato social, justificando nele a própria criação do Estado. Nessa sua obra, Hobbes afirma que não existe um bem ou um mal em si, mas que, para o ser humano, o bem é aquilo que lhe propicia a conservação da vida. Por isso que, para ele, “o direito natural, a que muitos autores comumente chamam *jus naturale*, é a liberdade que cada homem tem de utilizar seu poder como bem lhe aprouver, para preservar sua própria natureza, isto é, sua vida” (HOBBS, 2010, p. 97). Como se vê, Hobbes coloca-se em clara oposição à ideia de sociabilidade intrínseca à natureza humana, como se dava em Aristóteles e Grócio, fundando seu pensamento na individualidade do ser humano, em total consonância com os modernos ideais antropocêntricos. Entende Hobbes, de fato, que o homem é naturalmente egoísta, e que somente se torna sociável pelo exercício da disciplina, e não por natureza (DEL VECCHIO, 2010, p. 76). É preciso condicioná-lo à vida em sociedade. Resume tal pensamento na seguinte máxima: *homo homini lupus* (o homem é o lobo do próprio homem). Logo, para Hobbes, o estado de natureza, anterior ao firmamento do pacto social, era um estado de *bellum omnium contra omnes*, ou seja, uma verdadeira guerra de todos contra todos.

Nesse pé, somente a criação artificial de um Estado, transferindo-se o direito de auto-governo de cada cidadão a um seu representante, de maneira absoluta, possibilitaria a convivência entre os homens. Assim, os súditos deveriam submeter, por completo, “[...] suas vontades à vontade do representante e seus julgamentos a seu julgamento” (HOBBS, 2010, p. 126). Nesse sentido, o pacto social, instituidor justamente do Estado Político, para Hobbes, resumidamente, é o seguinte: “Uma pessoa instituída, pelos atos de uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, como autora, de modo a poder usar a força e os meios de todos, da maneira que achar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum” (HOBBS, 2010, p. 126/127). O instituído seria, para ele, justamente o soberano, o representante de Deus na terra. “Todos os restantes são súditos” (HOBBS, 2010, p. 127). Hobbes, portanto, como se vê, é claramente um defensor do Absolutismo, o que também contribui para colocar o seu pensamento em maior proximidade com os de Maquiavel e Bodin. Tanto é assim, que Hobbes é pelo entendimento de que se trata de um “[...] vínculo indissolúvel, em qualquer sentido em que manifeste o poder a sua atuação, isto é, mesmo quando ofenda, ao invés de proteger a segurança e a paz dos súditos” (DEL VECCHIO, 2010, p. 78). É como dizer: o soberano é absoluto, não responde pelos seus atos. Deve-se destacar também que “ele quer, na verdade, que não haja outro poder a não ser o do Estado e que a religião seja reduzida a

um serviço” (BOBBIO, 2006, p. 37). Tanto é assim, que pode-se ver, na obra do próprio Hobbes (2010, p. 128), esta sua ideia de que “[...] não existe pacto com Deus, senão por intermédio de seus mediadores, que representam a pessoa divina; isso só pode ser feito pelo lugar-tenente de Deus, que, abaixo dele, é o soberano”. Assim, não se deve perder de vista o contexto histórico em que se coloca a obra de Hobbes. E a sua tendência absolutista busca muito mais pacificar seu país das inúmeras guerras religiosas que ocorreram naquela época, separando definitivamente Estado e religião, do que se opor à democracia propriamente dita. Na verdade, pode-se dizer que ainda não era chegado o momento dessa discussão.

5.7 O Contratualismo Liberal de Locke

Já na época da incidência do pensamento de John Locke (1632/1704), andava bastante mais amadurecida, em aprofundamento dos ideais antropocêntricos, a clara noção do indivíduo enquanto cidadão. Assim, é facilmente observável a contraposição de sua obra em relação à de Hobbes, apesar das semelhanças entre os autores. Isso porque, mesmo que também Locke seja um pensador inglês, contratualista, mais empirista que racionalista, e mesmo que também a sua filosofia possua um estreito vínculo com as questões políticas, sua obra, situada já bastante próxima ao século das luzes, desenvolve-se numa clara anunciação da chegada do Iluminismo. Dessa forma, Locke coloca-se como um ferrenho opositor do Absolutismo, sendo antes um precursor dos ideais liberais que culminaram nas revoluções burguesas. Dando vazão a essa sua liberal pretensão chegou, inclusive, a participar, ativamente e de maneira destacada, da Revolução Gloriosa, de 1688, fortalecedora ela dos poderes do parlamento e do povo, em detrimento do da coroa inglesa, e que veio a culminar na instituição dos *Bill of Rights*, em 1689. Já no âmbito de sua filosofia, Locke acreditava que o homem não possuía idéias inatas, desenvolvendo assim a sua “teoria da tabula rasa”, segundo a qual, o homem vinha ao mundo sem qualquer ideia previamente inscrita em sua mente. Elas seriam, portanto, adquiridas no decorrer da vida e através da experiência sensorial e da reflexão. Trata-se de um pensamento eminentemente empirista, pois, também Locke sofreu grande influência do pensamento de Bacon. Assim, para Locke, da mesma forma, também não poderia existir um poder inato ou de origem divina; daí, a inevitabilidade do pacto social (COTRIM, 2006, p. 150/152). A

consequência deste pacto, portanto, não poderia ser para ele a instituição de um Estado Absolutista, já que a instituição do Estado teria acontecido, justamente, pela impossibilidade de existência de um poder inato, qualquer seja ele. Se Hobbes, busca principalmente desconstituir o poder da Igreja, Locke, por seu turno, vai buscar principalmente a limitação do poder estatal.

Assim que, em sua obra principal, o *Segundo tratado sobre o governo*, de 1690, Locke defende um contratualismo bem mais brando do que aquele preconizado por Hobbes. É que, segundo Locke, durante o período de vigência do *status naturae*, nunca houve aquele estado de guerra total entre os indivíduos alegado por Hobbes. Para ele, o que houve foi, tão somente, uma série de problemas em suas relações interpessoais, uma vez que todos possuíam plena liberdade para agir como melhor lhes aprouvesse. Assim, sua versão para o estado natural é a de que nele os homens se encontram em “[...] um estado de total liberdade para ordenar-lhes o agir e regular-lhes as posses e as pessoas de acordo com a sua conveniência, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem” (LOCKE, 2006, p. 23). Dessa forma, cada qual tendia, naturalmente, a se arvorar em juiz da própria causa. Mas, nada mais que isso. Por isso é que, conseqüentemente, para ele, “os indivíduos sacrificam apenas aquele tanto de direito e de liberdade, que torna possível a formação do Estado como órgão superior de tutela” (DEL VECCHIO, 2010, p. 87). E caberia, pois, a este mesmo Estado, a salvaguarda da segurança dos seus cidadãos, por meio da proteção de seus direitos naturais, tais como a liberdade e a propriedade. “O Estado, para Locke, não é, pois, uma negação, mas uma reafirmação, sob certos limites, da liberdade natural, que encontra nele a sua garantia” (DEL VECCHIO, 2010, p. 87). Ou seja, protege, não oprime.

Decorre, inclusive, disso tudo dito, que o povo pode até mesmo vir a recuperar aquela sua anterior e originária soberania, em caso de desrespeito ao socialmente pactuado. Assim, para ele, “[...] cabe ainda ao povo o poder supremo para afastar ou modificar o legislativo, se constatar que age contra a intenção do encargo que lhe confiaram” (LOCKE, 2006, p. 109). Observa-se ainda que, para Locke, o legislativo era considerado como o poder supremo de um Estado. No fim das contas, o que se tem é que ele vislumbra o Estado como “[...] um corpo político, no qual a maioria tem a prerrogativa de agir e resolver por todos” (LOCKE, 2006, p. 76). E em decorrência, “a vontade popular afirma-se, assim, como soberana em geral, e a legitimidade de um governo é medida pelo consenso popular” (DEL VECCHIO, 2010, p. 88), estabelecendo-se, assim, dessa forma, o nascimento da concepção do Estado democrático e liberal. É também razoável afirmar, nesse pé, que Locke é um verdadeiro precursor das idéias de Montesquieu (sobretudo no tocante à separação dos poderes, por ele

prelucida) e Rousseau, dos quais trataremos mais adiante, e que embalsamaram a Revolução Francesa. Sua obra foi ainda, por fim, também instrumento de consecução da Revolução Americana, de 1776. Assim, pela primeira vez na história, pelo pensamento de Locke, o indivíduo coloca-se como principal fundamento da instituição do poder estatal.

5.8 A Síntese de Puffendorf

Outro pensador de suma importância para a história do direito e da busca pelos seus fundamentos, e também bastante característico deste moderno jusnaturalismo, foi Samuel von Puffendorf (1632/1694). Suas principais obras são *De jure naturae et gentium*, de 1672, e *De officio hominis et civis*, de 1673, sendo esta, espécie de resumo daquela. Puffendorf legou uma obra completa e bastante representativa do período histórico em que viveu, embora sem maiores inovações. Segundo Del Vecchio (2010, p. 83), “acham-se de certo modo resumidas, em suas obras, quase todas as doutrinas que constituem o patrimônio da escola do direito natural”. Tercio Sampaio Ferraz Júnior (1980, p. 24/26) destaca, por seu turno, que a obra de Puffendorf é também um exemplo bastante característico daquela ideia do direito estabelecido enquanto sistema, característica mais inovadora desse jusnaturalismo moderno. Resumindo, enxerga ele, em Puffendorf, “[...] um grande sintetizador dos grandes sistemas de sua época, dele partindo, por outro lado, as linhas básicas que vão dominar sobretudo o direito alemão até o nosso século” (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 24). Noutro viés, Puffendorf buscou também estabelecer uma mais nítida divisão entre a teologia moral (apta à busca pela paz interna) e o direito natural (apta à busca pela paz externa). Divisão essa que já havia sido prenunciada por Grócio e será, no futuro, ainda mais aprofundada por Cristiano Tomásio (1665/1728), em sua *Fundamenta iuris et gentium*, em 1705. Além disso, Puffendorf buscou também aprofundar a divisão conceitual entre direito positivo e direito natural, buscando uma melhor definição de suas fronteiras. Também o direito natural será por ele internamente fracionado, donde se percebe todo o seu empenho categorizador, sistemático. Assim, com relação ao direito natural, Puffendorf divide as suas normas em dois diferentes tipos: as normas congênicas (ou absolutas), que são aquelas que independem da associação do homem aos demais para a sua existência e validade; e as normas adquiridas (ou hipotéticas), que, ao contrário, são aquelas que alcançam

existência e validade somente por meio da associação entre os homens. Estas últimas imprimem um traço de mutabilidade e flexibilidade ao direito natural, tornando-o passível de variabilidade histórica (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 26), muito embora também Aristóteles já houvesse emitido parecer similar. Ferraz Júnior (1980, p. 26), destaca ainda que, no tocante à sua metodologia, “[...] Puffendorf desenvolve uma sistemática jurídica característica, mediante a conjugação da dedução racional e da observação empírica [...] ao mesmo tempo que não se confundem os limites entre uma teoria do dever social e o material colhido da própria realidade social”. Por isso, vê nele também um precursor na busca pela autonomia das ciências da cultura.

Noutro aspecto, tem-se que Puffendorf, assim como a grande maioria dos jusnaturalistas modernos, também foi um contratualista. Nesse sentido, segundo Del Vecchio (2010, p. 82), Puffendorf estabeleceu uma mescla das teorias de dois outros pensadores, a saber, Grócio e Hobbes. É que, se por um lado, influenciado por Grócio, entende pela natural sociabilidade do ser humano, por outro, seguindo Hobbes, entende que essa natural sociabilidade deriva de um interesse pessoal de auto-conservação. É dizer, o homem, naturalmente, quer conservar-se e, por isso, tende à sociabilidade, também de maneira natural. Já Ferraz Júnior (1980, p. 25), por sua vez, prefere destacar que, segundo Puffendorf, o homem, desamparado em sua solidão (*imbecillitas*), tende, somente por isso, à vida social (*socialitas*). Assim, a sociabilidade humana “[...] para ele não é um instinto natural teleológico – como em Grotius – mas um mero princípio regulativo do modo de viver”, muito embora também infirme que não se trata de um princípio qualquer, mas “[...] o mais importante e mais racional dos princípios do *direito natural*” (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 25). No entanto, é preciso destacar que não se trata, portanto, do próprio direito natural, mas, antes, o seu fundamento. Possui, por isso, um caráter meramente indicativo, e não imperativo. O direito natural, sim, é que possui esse caráter. Observa, contudo, Ferraz Júnior (1980, p. 26), por outro lado, que “o direito natural para Puffendorf, na sua função imperativa, tem seu fundamento na *vontade divina*, que originariamente *fixou* os princípios da razão humana perpetuamente” (original grifado). Trata-se de característica inarredável, embora no mais das vezes permaneça oculta, essa ligação entre Deus e Ciência no pensamento do homem moderno. É de se dizer até mesmo que a ciência moderna, no mais das vezes, tentará apreender a natureza das coisas, o que, para o moderno é algo posto por Deus. Tentam, portanto, em última instância apreender Deus mesmo. O tema é complexo, contudo, e merece um tratamento especial. Por isso, o próximo sub-capítulo.

5.9 O Deus dos Modernos

E em linhas bem gerais, pode-se dizer que o que os jusnaturalistas da modernidade buscaram foi muito mais uma desconstituição do poder dos “representantes de Deus na Terra”, a saber, o Papado e o Império, do que o de Deus propriamente dito. O que eles pretenderam mesmo, em última instância, foi somente trazer o trono de Deus para um pouco mais próximo da Terra. Até então, contudo, jamais ousaram tentar dali demovê-Lo. O que pretendiam era muito mais um contato direto, sem intermediários, tornando-se eles próprios, todos os seres humanos, os fiéis representantes de Deus na Terra. Vale dizer: os homens deixaram de ser empregados para serem gerentes, embora o dono de tudo continue mesmo sendo Deus. Nesse sentido, é razoável inferir que os homens tenham passado a se enxergar, eles próprios, como a maior e melhor expressão dos desígnios divinos. O homem deixa, portanto, de ser o alvo predileto da ira divina, para se tornar a sua obra mais perfeita e bem acabada. Nessa condição, conseqüentemente, acabaram por se sentir merecedores (com direito, vale dizer) ao usufruto de certas regalias e privilégios, tais como pensar com independência, fazer ciência e leis. Por isso é que se diz que já se trata aqui de um antropocentrismo, porém, ainda relativo. Afinal, o homem somente se consegue colocar no centro de suas próprias preocupações, por meio da alegação de que é ele próprio um instrumento de Deus. É por Deus que age, portanto, e não por si só. Não obstante, também esse Deus dos modernos tem as suas peculiaridades.

E é justamente nesse sentido, por exemplo, que se manifesta a teoria do Deus imanente de Baruch Espinosa (1632/1677), postulada em sua *Ética*, em 1677, na qual ele tentará provar a divina racionalidade da natureza. Espinosa parte da premissa de que somente uma substância há, que permeia tudo, e a qual ele denominou de *Deus sive natura* (Deus ou natureza). Assim, observa-se que, para ele, um e outro, confundem-se por completo. São somente uma e a mesma coisa. Assim, razão natural e razão divina, nesse sentido, também são tomados por termos equivalentes. Ora, pensa Espinosa, se Deus é racional, e se Ele é também a própria natureza, logo, também a natureza é racional. E se tudo o que é, é por natureza, e esta é necessariamente divina e racional, tudo também o é. Dessa forma, acaba por concluir pela total impossibilidade de erros na natureza, pois tudo é perfeito e divinamente racional. Ao futuro, essa ideia irá influenciar fortemente o objetivismo idealista propugnado por Schelling e, principalmente, por Hegel. Por isso é que se pode afirmar que os jusnaturalistas modernos, ao

versarem sobre a natureza e sobre a razão, estão, no mais das vezes, no fundo, falando mesmo é de Deus. É que, à maneira de Espinosa, o pensador moderno cria na natureza e na razão como praticamente sinônimos de Deus, ou, quando menos, como mera expressão do seu Criador. Assim é que, de maneira bem parecida, também se coloca o pensamento de Leibniz (1646/1716). Este, em sua *Monadologia*, sustenta também a existência de uma harmonia pré-estabelecida no universo, ou seja, que ele seria racionalmente ordenado. Acreditava, em consequência, que o mundo era necessariamente bom, já que decorrente da razão divina. Já em sua *Teodicéia*, em 1710, buscou uma reaproximação entre o direito e a teologia, uma infeliz desconstrução do que já estava devidamente assentado pela jurisprudência de Grotius e Tomasius, dentre outros. Ainda há que se falar também, no intento deste breve subcapítulo, um pouco sobre o pensamento de George Berkeley (1685/1753), que defendeu, em seu *Tratado Sobre os princípios do conhecimento humano*, de 1710, a existência de uma “mente cósmica”, que se relacionava com os espíritos humanos (COTRIM, 2006, p. 152/153). Era, contudo, um imaterialista radical, pois cria que a matéria enquanto substância não existia, absolutamente, mas somente enquanto algo percebido por Deus e pelos nossos espíritos. Trata-se, portanto, de mais uma confirmação do anteriormente alegado sobre a estreita relação entre Deus e a natureza no pensamento dos modernos. Neste último, até mesmo de maneira mais radical que o comum, pois negava a própria matéria. Esses pensadores somente foram aqui destacados por terem dado enfrentamento direto a esse assunto. Não foram os únicos, contudo, a tratarem do tema.

Assim, pode-se constatar, também nas obras daqueles autores anteriormente citados, e que versaram essencialmente sobre o direito natural e sobre o contrato social, a nítida e incessante referência a Deus, mesmo que Ele não se consubstancie no cerne de suas teses. Buscam também, por outro lado, no mais das vezes, o fundamento de suas teses na natureza racional do homem, é verdade, mas vários trechos de suas obras são dedicados inteiramente às questões divinas e cristãs. Evitam a fundamentação diretamente firmada nos desígnios de Deus, é certo, mas ele está sempre lá, como que pairando acima de todas as outras coisas. Desta forma, por exemplo, é que se pode observar em Hobbes (2010, p. 257) a seguinte colocação: “Entretanto, não devemos renunciar aos sentidos e à experiência, nem àquilo que é a indubitável palavra de Deus, nossa razão natural. Esses são os talentos que Deus pôs em nossas mãos para que pudéssemos sobreviver até o retorno de nosso abençoado Salvador”. Aqui, fica bastante claro o até agora alegado: a razão natural é para ele, claramente, a palavra de Deus. “Indubitavelmente” ele diz. Ademais, propugna até mesmo que ela é uma Sua dádiva, e que deve ser utilizada, para efeitos de sobrevivência, enquanto o próprio Deus (ou Jesus?) não volta

à Terra para geri-la diretamente. Pode-se dizer que, justamente por isso, por temor a Deus, a razão natural deve ser respeitada. Não, contudo, em voluntária renúncia aos sentidos e à experiência, já que é sabido que o antropocentrismo se vai iniciando por aqui, conforme já se alegou. Aliás, ainda assim, é de se concluir, segundo o acima visto, que também os sentidos e a experiência acabarão por extrair da natureza o mesmo Deus (Deus-Natureza ou Deus-Criador). De maneira um pouco diferente, mas no mesmo sentido, coloca-se também Locke: “As leis que elaboram para reger as ações humanas devem [...] estar consoante com a lei da natureza – isto é, declaradamente com a vontade de Deus [...]” (LOCKE, 2006, p. 100). Claramente: o direito positivo deve estar de acordo com o direito natural, pois este exprime a vontade de Deus. O uso da razão e da observação empírica são, nesse intento, somente maneiras de se “descobrir” os desígnios divinos. O método é outro, e isso muda muita coisa, é verdade. O fundamento último, contudo, permanece inalterado. Com relação a Grotius e a Puffendorf, o assunto já foi suficientemente abordado e não será, pois, retomado. Há que se concluir, portanto, que os modernos entendem, em geral, como uma coisa sempre vinculada a outra: razão, natureza e Deus. E, assim, fica bastante clara a tentativa de conciliação entre Deus e as coisas dos homens entre os modernos. É com esse intento que Norberto Bobbio (2004, p. 75) destaca que:

A doutrina filosófica que fez do indivíduo, e não mais da sociedade, o ponto de partida para a construção de uma doutrina da moral e do direito foi o jusnaturalismo, que pode ser considerado, sob muitos aspectos (e foi certamente nas intenções dos seus criadores), a secularização da ética cristã (*etsi daremus non esse deum*) (original grifado)

É dessa forma que se resume, portanto, todo o trabalho dos jusnaturalistas modernos, em sua tentativa de instituição antropocêntrica do direito. As questões de direito e do Estado vão-se humanizando, e também se individualizando na pessoa do cidadão, na mesma medida em que se vai promovendo a secularização da ética cristã. Ora, se se está a falar de uma ética cristã, mesmo que pela via da sua profanação, não há como não ter em Deus um parâmetro essencial. Ademais, conforme o visto, esses modernos jusnaturalistas creem em Deus e Nele fundamentam suas concepções, mesmo que Ele não seja a parte mais aparente de suas teses. Não obstante, e apesar da permanência dos atributos da ética cristã, o que se busca é justamente a sua secularização. É preciso, pois, que a política e o Estado sejam questões pertinentes aos seres humanos. É justamente nesse sentido que Hobbes, conforme anteriormente elucidado, pregou pela total impossibilidade do firmamento de um pacto com Deus. E essa ideia vai-se firmando, cada vez mais, até chegar o momento de total prevalência do juspositivismo, onde as

leis e o Estado tenderão a tomar esse lugar, antes a Deus destinado, enquanto único e real fundamento do direito. Antes, contudo, restará ainda aos pensadores iluministas aprofundar ainda mais essa empreitada antropocêntrica iniciada pelos primeiros pensadores modernos. Assim é que se destaca, a partir de agora, o pensamento de Hume, que se colocou de maneira bem diferente sobre o até agora alegado, ao questionar toda uma gama de conceitos previamente estabelecidos, talvez até mesmo em prenúncio da contemporaneidade, e já como autêntico expoente do Iluminismo. Dentre eles, também o próprio Deus e a religião.

5.10 A Exceção em Hume

Se a filosofia moderna é, em regra, plenamente calcada na secularização da ética cristã, nos moldes acima apregoados, isso não é o que se dá, embora excepcionalmente, no pensamento de David Hume (1711/1776). É que Hume, simplesmente, era ateu (agnóstico, para outros). Trata-se do primeiro, inclusive, pelo menos no que se depreende da bibliografia compulsada para a feitura deste trabalho, dentre todos os grandes pensadores que figuraram no curso da história. Poderiam ser lembrados, nesse sentido, os estóicos e os epicuristas, mas, quanto a isso, é muito grande a controvérsia. Nela não se pretende adentrar, dada a brevidade deste estudo acadêmico. Sendo que Hume nasceu e morreu no século das luzes, sua obra já se coloca com as principais características do Iluminismo, além de antecipar características de correntes filosóficas posteriores. É o caso, por exemplo, do ateísmo professado, por Friedrich Nietzsche (1844/1900), que por meio de sua obra *A Gaia ciência*, de 1882, anunciará nada menos do que isto: “O acontecimento de maior grandeza dos últimos tempos – o fato de que ‘Deus está morto’, ou seja, o fato de que a fé no Deus cristão despojou-se da sua plausibilidade – já lança as suas primeiras sombras na Europa” (NIETZSCHE, 2004, p. 181). Tal morte foi apregoadada por ele também em outros momentos desse mesmo livro e retomada também em sua obra mais famosa, *Assim Falou Zaratustra*, de 1884, onde a anunciará pela boca do seu profano profeta. Voltando a Hume, tem-se que foi um filósofo e diplomata, e que escreveu a *Investigação acerca do entendimento humano*, de 1739, obra responsável por acordar Kant de seu sono dogmático, segundo escritos do próprio Kant, conforme sustentam Del Vecchio (2010, p. 112) e Paulo Nader (2007, p. 144). Além disso, escreveu também os *Ensaios políticos*,

morais e literários de 1741/1742, e a *História natural da religião*, de 1757. Esta, considerada por muitos como a primeira obra científica sobre sociologia da religião.

Hume era um filósofo eminentemente empirista. Assim, dando continuidade ao pensamento de Bacon e Locke, cria que as idéias tinham a sua origem nas impressões, formadas pela anterior atuação dos sentidos. Por isso, ele afirma que “[...] *as causas e os efeitos não são descobertos pela razão, mas pela experiência*” (HUME, 1999, p. 50) (original grifado). Para ele, é a experiência que comanda o processo cognitivo, e não a razão. Além do que, entendia também pela impossibilidade de se fazer conclusões lógicas a partir da observação das coisas, pois o fato de algo sempre ter acontecido não implicaria em consequência lógica e necessária de que isso sempre voltaria a ocorrer. Esta, a exata preleção de Hume (1999, p. 48): “*Que o sol não nascerá amanhã é tão inteligível e não implica mais contradição do que a afirmação que ele nascerá*” (original grifado). Essa falsa certeza de que ele nascerá, lógica e racional para muitos, mas não para Hume, derivaria do fato de que a razão, formada no mundo da experiência, fica completamente à mercê da influência das crenças e dos hábitos. Dessa forma, acaba por se colocar em posição de crítico contumaz do raciocínio indutivo e do tão festejado princípio da causalidade, em especial no tocante à sua propalada infalibilidade. Por fim, acaba por concluir que, nesse mar de incertezas, as verdades somente poderiam ser postuladas em meros termos de probabilidade e nunca em termos de irrefutabilidade. Infirma, pois, pela inexistência de verdades absolutas. É por essas e por outras que se dirá que ele é, na realidade, um cético teórico, embora o fosse somente de maneira moderada. Buscava mais a abertura ao questionamento de dogmas infalíveis do que uma paralisia frente ao desconhecido. Já no âmbito mais específico da teoria do direito, destaca-se que, “a seu ver, a justiça não deriva de um sentimento originário, mas da reflexão e da estimativa de sua utilidade” (DEL VECCHIO, 2010, p. 89). Isso porque Hume entendia que a justiça pertencia a uma segunda categoria de deveres morais, que “[...] é a dos que não assentam em qualquer instinto original da natureza, derivando inteiramente de um sentido de obrigação [...]” (HUME, 1999, p. 207). Trata-se de um pensamento em franca oposição aos outros de sua época, e já em clara prenúncia do pensamento contemporâneo. Por fim, no tocante as questões atinentes à religião e a Deus, diz, em sua crítica aos milagres, referindo-se à religião cristã, que: “quem quer que, movido pela fé, lhe dá o seu assentimento [...] subverte todos os princípios de seu entendimento e o determina a crer nas coisas mais opostas ao costume e à experiência” (HUME, 1999, p. 128) (original grifado). Logo, como se observa, coloca que a fé religiosa está em plena contrariedade com os princípios do entendimento, que, em sua filosofia eminentemente empirista, encontram-se na

realidade dos costumes e da experiência. É dizer: a crença em Deus e nos milagres é contrária aos ditames da filosofia e da ciência. Trata-se de uma nítida afirmação do ideal antropocêntrico, a maior até agora, e grande até mesmo para os parâmetros iluministas, do qual faz parte.

5.11 O Advento do Iluminismo e a Contribuição de Vico

Não obstante o anteriormente firmado, acerca da permanência de Deus enquanto fundamento subentendido do direito na moderna doutrina jusnaturalista, conforme o também já visto durante todo este capítulo, decerto houve uma bastante considerável valorização do ser humano e de suas produções culturais durante esse período histórico, ora em análise. Sobremaneira se compararmos com o que lhe precede historicamente. Dentre essas produções culturais, a ciência ocupou sempre um lugar de destaque na vida dos modernos. E acontece que, em decorrência de toda essa ebulição científica direcionada, acabou por se instalar um período de enorme florescimento econômico, denominado Revolução Industrial, e que modificou em muito as características socioeconômicas do ocidente, em especial as da Europa. Segundo Gilberto Cotrim (2006, p. 155), “desse modo, disseminou-se a crença de que a razão, a ciência e a tecnologia tinham condições de impulsionar o trem da história numa marcha contínua em direção à verdade e ao progresso humano”. Paralelamente, às vezes influenciando esse novo ideal de progresso, às vezes por ele influenciado, e tantas outras vezes ao lado somente, floresce também um grande movimento filosófico, denominado Iluminismo. Para Cotrim (2006, p. 157), “o Iluminismo enfatizou a capacidade humana de, através do uso da razão, conhecer a realidade e intervir nela, no sentido de organizá-la racionalmente, de modo a assegurar uma vida melhor para as pessoas”. Trata-se, pois, de uma tentativa de dar utilidade prática às descobertas da ciência e da razão. Esse movimento, dentre outras funções, acabará também por municiar ideologicamente as revoluções burguesas, e dentre elas a francesa, que irá marcar a transição da Idade Moderna para a Idade Contemporânea. Aqui, destacam-se, em proeminência e representatividade, dois pensadores, em especial: Montesquieu e Rousseau, ambos típicos contratualistas, iluministas e franceses, e que serão logo mais adiante analisados. Sobre o Iluminismo, assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2006, p. 24) o seguinte:

O pensamento iluminista – média das convicções da Europa ocidental “progressista” no século XVIII – pode ser resumido em cinco idéias: indivíduo (o homem deve ser considerado isolado da sociedade), razão (é a medida do certo e do errado), natureza (boa e providente, cujas leis conduzem ao melhor dos mundos possíveis), felicidade (o objetivo do homem) e progresso (tudo caminha para estágios mais altos e melhores).

Essas, em linhas gerais, as principais características do Iluminismo, que se estabelece na Europa a partir de então. É de se perceber que aos já tradicionais ideais de razão e natureza, acrescentam-se àqueles de felicidade e, especialmente, o de progresso. Ao mesmo tempo, a promoção de uma maior individuação do ser humano, aprofunda ainda mais aquele intento antropocêntrico, iniciado alguns séculos atrás. Essas características poderão ser mais bem observadas, logo mais adiante, quando se passar à análise dos dois supracitados expoentes mais emblemáticos do Iluminismo, bem como da filosofia kantiana, auge do Iluminismo e quiçá do próprio jusnaturalismo. Essa discussão será devidamente retomada no momento oportuno. Antes disso tudo, porém, é de se destacar o pensamento de Giambattista Vico (1668/1744), tipicamente iluminista, e cuja obra é bastante afim da de Montesquieu, mormente pelos aspectos sociológicos e históricos ressaltados. Assim que Vico, em 1725, por meio de seus *Princípios de uma ciência nova*, vai buscar uma conciliação entre Filosofia (ciência do vero) e Filologia (para ele, ciência do fato), baseado na máxima *verum et factum convertuntur*. Tenta unir, pois, a teoria ao fato histórico, coisa que em sua visão faltou aos teóricos do contrato social, sobre os quais recai a sua crítica. Não foge, contudo, à regra geral da moderna crença. Para ele, “nossa mente é um reflexo da inteligência transcendente e, ao mesmo tempo, imanente no mundo, que Vico chama de ‘Providência’” (DEL VECCHIO, 2010, p. 98). Busca também, por meio de um apanhado cultural de diversas nações, construir um protótipo daquilo que ele chama de “mente comum das nações”. Nega a transmissibilidade histórica do direito, inclusive relativamente à influência grega na Lei das XII Tábuas. Segundo Del Vecchio (2010, p. 99) acerta nesse particular, mas não no argumento principal, que não se sustenta de forma alguma. Acaba, contudo, ainda segundo o jurisfilósofo, incorrendo nesse erro por uma crença demasiada na uniformidade do espírito humano. Por fim, destaca-se também a sua fatalista visão de que toda a humanidade estaria fadada a passar e repassar por três espécies de idades, indefinidamente: a divina (teocracia), a heróica (aristocracia) e a humana (democracia). É o que se diz sobre sua obra. Debruça-se agora sobre a obra de Montesquieu.

5.12 A Concretude Racionalista em Montesquieu

Dentre os mais representativos pensadores do Iluminismo, figura Charles-Louis de Secondat, o barão de Montesquieu (1689/1755). Logo na abertura de sua obra principal, *Do espírito das leis*, de 1748, afirma que “as leis, no seu significado mais amplo, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas” (MONTESQUIEU, 2004, p.17). Também Montesquieu é um criacionista, e Deus, se criou tudo, criou também as leis da natureza: “Deus relaciona-se com o universo como criador e conservador; as leis, segundo as quais ele criou o universo, são as mesmas pelas as quais ele o conserva” (MONTESQUIEU, 2004, p. 17). Assim, para ele, Deus, além de criador do universo, é também o responsável pela sua conservação. Faz isso, por meio das suas leis, esculpidas na natureza. Sobre estas, Montesquieu (2004, p. 19/20) entende que são mais facilmente observáveis, levando-se em conta o indivíduo em seu estado de natureza. E o que Montesquieu entende enxergar quanto a isso é que, no *status naturae*, quatro delas teriam vigorado: a paz, a busca por alimentos, a aproximação afetiva entre humanos e a associação para a busca do conhecimento. Já sobre as leis civis, ele entende que cabe ao homem descobri-las, por meio de uma racional observação das coisas, buscando-lhes a natureza. Por consequência, avulta em sua obra a utilização dos métodos histórico e sociológico. Nesse sentido, Montesquieu desenvolveu um amplo estudo sobre as condições naturais e culturais de diversos povos, distantes entre si, quanto ao tempo e quanto ao espaço, relacionando essas condições às suas leis. Sobre essas relações, Montesquieu afirma que “elas formam no conjunto aquilo que chamamos de *Espírito das Leis*” (MONTESQUIEU, 2004, p. 22). Ele se debruça sobre essas particularidades de cada nação, pois entende que, de fato, “é preferível dizer que o governo mais conforme à natureza é aquele cuja disposição particular melhor se relaciona com as disposições do povo para o qual foi ele estabelecido” (MONTESQUIEU, 2004, p. 22). Entende que cada povo deve ter as suas próprias leis, em pleno acordo com as suas particularidades, pois justamente isso é o que está de acordo com a natureza. Assim, para ele, o direito não derivava de uma idealização racional, absolutamente, e nisso diferenciava-se dos seus antecessores, permitindo-se, pois, à crítica dos mesmos. De fato, por isso é que Paulo Nader (2007, p. 140), vê nele um verdadeiro “[...] precursor, na primeira metade do século XVIII, da Escola Histórica do Direito, que rejeitava os esquemas racionalistas em prol da lição da experiência”. Já segundo Del Vecchio (2010, p.101), “o mérito maior de sua obra está no ter largamente utilizado o método histórico. Mas a maior nomeada lhe vem do fato

de referir-se a doutrinas políticas”. Passa-se agora, pois, a este outro aspecto de sua obra.

No âmbito da Ciência Política, e com relação às formas de governo, em franca contraposição à divisão aristotélica, Montesquieu (2004, p. 23) infirma pela existência de três diferentes espécies, sendo cada uma delas ligada a determinado princípio, que lhe rege a existência (MONTESQUIEU, 2004, p. 34/43). A primeira delas é a República, que pode ser uma Aristocracia ou uma Democracia e é pautada pela virtude, no sentido político de amor à pátria, e também de igualdade e de participação política do cidadão. A segunda é a Monarquia, que, por sua vez, é pautada pela honra, em exaltação e amor às distinções e privilégios. Por fim, destaca também a existência do Despotismo, que seria pautado pelo princípio do temor, já que estabelecido pelo uso da força. A sua maior contribuição histórica, todavia, também no campo político, refere-se à idealização da tripartição de poderes. Em pleito à justiça, contudo, deve-se observar que tanto Aristóteles (2007-B, p. 170/178) quanto Locke (2006, p. 106/108) já se haviam colocado a respeito. Foi Montesquieu, não obstante, quem deu maior ênfase ao assunto e que melhor o sistematizou. Assim que Montesquieu (2004, p. 165), em sua obra já citada, ao versar sobre a Constituição da Inglaterra (para ele, modelo de constituição), afirma a existência de três diferentes poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Argumenta pela necessidade de tal tripartição, ao mesmo tempo em que descreve as características principais de cada um desses poderes, da seguinte forma: “Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as relações públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares” (MONTESQUIEU, 2004, p. 166). É necessária a separação, pois.

Assim, como maneira de se evitar os abusos de poder, que decerto ocorrerão numa realidade de poder concentrado, é preciso que o poder se auto-partilhe, para efeitos do exercício de sua própria auto-vigília. Montesquieu (2004, p. 164/165) resume tal entendimento da seguinte forma: “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder”. Atualmente, esse mecanismo de auto-contenção, plenamente difundido nas constituições dos Estados contemporâneos, é chamado de *Sistema de Freios e Contrapesos*. E a sua função é justamente a de evitar os abusos no exercício da função pública, muito embora nem sempre logre sucesso. Com relação à opção terminológica, deve-se destacar, juntamente com Del Vecchio (2010, p. 102), que não é adequado se falar numa “divisão de poderes”, posto que a soberania é necessariamente una e indivisível. O melhor, portanto, seria falar-se em separação de órgãos e funções, que é o que realmente ocorre. Dentre esses três, assim chamados, “poderes”, Montesquieu entendia pela total proeminência do Poder

Legislativo (como forma de se evitar as arbitrariedades judiciais), em franca afirmação do ideal da onipotência do legislador, característica essencial do juspositivismo, que já se aproxima. “Afirmo, e parece-me que não escrevi esta obra senão para o provar: o espírito de moderação deve ser o do legislador” (MONTESQUIEU, 2004, p. 589). Consequentemente, deveria ser alguém apto à captação do espírito das leis. Por fim, destaca-se que Montesquieu era um defensor da Monarquia Constitucional, pois entendia que “o poder executivo deve permanecer nas mãos de um monarca [...]” (MONTESQUIEU, 2004, p. 170). Traçou um quadro completo dessa forma de governo, o que, segundo Del Vecchio (2010, p. 103), rendeu-lhe a alcunha de “pai do constitucionalismo”, embora também seja razoável a dedicação de tal posto a Locke.

5.13 Rousseau: o Contrato Social por Natureza

Todavia, o pensador mais emblemático do Iluminismo foi, sem dúvida alguma, Jean-Jacques Rousseau (1712/1778), “[...] que deu forma clara e racional a tudo o que se agitava confusamente na consciência pública daquele século” (DEL VECCHIO, 2010, p. 103). Além de enaltecer o mundo dos sentimentos e a vida natural, utilizava-se de uma linguagem bastante eloquente, em especial contradita aos encadeamentos lógicos e à fundamentação racional sistemática (tão típicas dos filósofos), o que lhe rendeu a fama de autêntico precursor do Romantismo, movimento do século XIX. No seu *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, de 1753, Rousseau defende a tese de que os homens haviam sido livres e iguais quando da vigência do estado de natureza, e que vieram a se corromper com o estabelecimento da civilização. Para ele, a partir de então, “determinou-se, em suma, uma antinomia profunda entre a constituição natural do homem e a sua condição social” (DEL VECCHIO, 2010, p. 104). Segundo as palavras do próprio Rousseau (2005, p. 61):

O primeiro que tendo cercado um terreno se lembrou de dizer: Isto é meu, e encontrou pessoas bastante simples para o acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassínios, misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou tapando os buracos, tivesse gritado aos seus semelhantes: “Livrai-vos de escutar esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e a terra de ninguém!”.

Nítida, portanto, a sua intenção de colocar a instituição da sociedade civil, que se dá pela primeira apropriação, para ele indébita, como origem de todos os males da humanidade. Já em sua obra principal, *Do Contrato Social*, de 1762, logo em seu início, Rousseau parte justamente dessa sua ideia originária, e plenamente desenvolvida na obra supracitada, para afirmar o que se segue: “O homem nasceu livre, e por toda a parte geme agrilhado” (ROUSSEAU, 2008, p. 21). O homem, portanto, embora livre no estado de natureza, não tem condições de exercer sua original liberdade no seio da sociedade. E o que a sua teoria do contrato social vai buscar é justamente uma tentativa de reversão dessa situação. Contudo, é de se observar que, na verdade, segundo Del Vecchio (2010, p. 105/107), Rousseau coloca a sua teoria do contrato social tão somente em um âmbito idealístico, e não em termos empíricos. Trata-se de característica já presente na obra de Locke, de maneira germinal, e que será, mais adiante, plenamente desenvolvida na filosofia de Kant. É que, “para Rousseau, o contrato social é, em suma, um postulado da razão, uma verdade não histórica, mas normativa e reguladora” (DEL VECCHIO, 2010, p. 106). Assim, ele não crê que o Estado se tenha realmente originado de um contrato, pois, “[...] ao contrário, os fatos observados contrastavam com ele” (DEL VECCHIO, 2010, p.106). Na verdade, Rousseau chega mesmo a questionar, abertamente, a própria existência do estado de natureza. Não é outra coisa que ele faz, ao afirmar que “[...] não é empresa suave discernir o que há de originário e artificial na natureza atual do homem, e conhecer bem um estado que não existe mais, que talvez nunca tenha existido, que provavelmente não existirá nunca [...]” (ROUSSEAU, 2005, p. 26). Como se observa, é mais de uma tentativa de instituição de uma teoria política, em observância a determinadas regras e direitos, tidos como essenciais, que se dá especificamente por meio do exercício da razão, e não pela via da história. Esta serve, pois, somente a título de ilustração. É dizer que, “com o *Contrato*, quis afirmar categoricamente uma necessidade racional: indicar como a ordem jurídica deve ser constituída, por que devem ser conservados socialmente íntegros os direitos que o homem já possui da natureza”. (DEL VECCHIO, 2010, p. 106) (original grifado). Trata-se para Rousseau, portanto, de um ideal de justiça meramente racional, decorrente da própria natureza das coisas, e que deve, portanto, ser salvaguardado pelo Estado, sendo que somente isso lhe daria plena legitimidade. E o que o Estado deve salvaguardar, principalmente, são os ideais da liberdade e da igualdade, que são o “[...] fim de todo sistema de legislação [...] a liberdade, porque toda a dependência particular é outra tanta força tirada ao corpo do Estado; a igualdade, porque sem ela não pode subsistir a liberdade” (ROUSSEAU, 2008, p. 55).

Mais especificamente, no atinente ao conteúdo e objetivo da sua teoria do

contrato social, tem-se que o que ela pretende em última análise é “achar uma forma de sociedade que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça todavia senão a si mesmo e fique tão livre como antes” (ROUSSEAU, 2008, p. 29). Assim, é do seu entendimento que o pacto social deve servir antes à garantia das liberdades individuais do que à sua supressão. Dessa forma, Rousseau coloca-se em posição totalmente oposta aos seus predecessores contratualistas, pois entende que o pacto social não se firma com a disponibilização da liberdade do cidadão ao seu soberano, quer essa renúncia se dê de maneira total (como queria Hobbes) ou de maneira parcial (nos moldes de Locke). É que, para ele, a liberdade faz parte da natureza mesma do homem, em decorrência do seu instinto natural de auto-conservação (ROUSSEAU, 2008, p. 22), sendo-lhe, portanto, indisponível. Nesse sentido, “renunciar à própria liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, aos nossos próprios deveres” (ROUSSEAU, 2008, p. 25). Da mesma forma, é também impossível a submissão a um rei que não seja por meio de convenção, pois “[...] a força não produz direito [...]” (ROUSSEAU, 2008, p. 24). Para ele, portanto, o firmamento do pacto social, para a constituição de uma sociedade política, é fruto de um ato voluntário, e não uma característica inerente à própria natureza do ser humano. No fim das contas, o que ocorre é que o indivíduo propõe-se a nada mais do que uma mera “troca de liberdades”, a da liberdade natural pela liberdade civil, em prol da formação de uma sociedade política. Esta, contudo, somente merece essa denominação se estabelecida por convenção. Nunca pelo efeito da força. Noutras palavras, as do próprio Rousseau (2008, p. 33):

Cifremos todo esse paralelo em termos de fácil comparação: o que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito sem limites a tudo que o tenta e pode atingir; ganha a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. Para não vos enganardes nessas compensações, cumpre distinguir bem a liberdade natural, que só tem por termo as forças do indivíduo, da liberdade civil, que é limitada pela vontade geral; e a posse, que é só efeito da força, ou o direito do primeiro ocupante, da propriedade, que não pode ser fundada a não ser num título positivo.

Como se vê, segundo Rousseau, se a liberdade natural era somente limitada pela força de cada homem, a liberdade civil deve-se limitar pela vontade geral. Esta, na verdade, consubstancia-se na verdadeira mola-mestra da teoria de Rousseau. Por meio dela, permite-se que o pacto do cidadão seja feito com o seu próprio povo, fonte legítima de toda soberania. Esse Estado, portanto, como se vê, é para Rousseau fruto justamente do pacto firmado entre os homens que o compõem. Assim, o pacto não se firma com o governante mesmo, sendo que também este fica sujeito às leis, expressão maior da vontade geral. Cotrim (2006, p. 280)

resume da seguinte forma: “Assim, cada cidadão passa a assumir obrigações em relação à comunidade política, sem estar submetido à vontade particular de uma pessoa. Unindo-se a todos, cada cidadão só deve obedecer às leis – que, por sua vez, devem exprimir a vontade geral”. E muito embora Rousseau (2008, p. 67) não creia ser possível uma Democracia plena, pois, para ele, “é contra a ordem natural que o grande número governe e seja o pequeno governado”; entende, por outro lado, que “[...] só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado segundo o fim de sua instituição, o bem comum [...]” (ROUSSEAU, 2008, p. 36). Define vontade geral, por seu turno, como aquela atinente ao interesse comum, aqueles pontos de contato que permitiram a construção da sociedade. Difere-a, contudo, da vontade de todos, que “[...] só vê o interesse privado, e não é mais que uma soma de vontades particulares [...]” (ROUSSEAU, 2008, p. 38). Esta, de fato, mais desintegra do que integra. Disso tudo dito, decorre uma plena conceituação acerca da soberania popular. E justamente pela necessidade de adequação à vontade geral é que se tem também que tal soberania popular é inalienável e indivisível (ROUSSEAU, 2008, p. 36/38), além de imprescritível, já que um direito natural.

Já por direito natural, Rousseau (2008, p. 44) entende, de maneira parecida com os demais pensadores vistos até agora, como algo que decorre da natureza, acessível pela razão e dádiva de Deus: “O que é bem, e conforme à ordem, é tal pela natureza das coisas, sem dependência das convenções humanas. Toda a justiça vem de Deus, única origem dela, e se nós a soubéssemos receber de tão alto não precisaríamos de leis nem de governo”. Observa-se, não obstante, que entende pela inacessibilidade das coisas de Deus por parte do homem. Logo, os homens precisam se virar sozinhos nesse intento de organização política. Entendia ainda que “há, sem dúvida, uma justiça universal só provinda da razão [...]” (ROUSSEAU, 2008, p. 44), mas as leis civis, devidamente pautadas elas pela vontade geral, eram de total necessidade, pois, “considerando as coisas humanamente, são vãs entre os homens as leis da justiça por falta de sanção natural” (ROUSSEAU, 2008, p. 44). Ora, o que ele está a afirmar não é outra coisa se não que o direito natural existe e é algo bastante respeitável. Contudo, não possui qualquer valia se não se puder fazer cumprir, o que somente se pode dar pela via da sanção estatal, já que não existe uma sanção natural. É que aqui o Estado laico já se vai bastante adiantado, conforme se observa. Isso a ponto de Rousseau (2008, p. 119) afirmar, já no final do seu *Contrato Social*, que “[...] quem se atreve a dizer: *Fora da Igreja não há salvação*, deve ser expulso do Estado, salvo se a Igreja for o Estado, e príncipe o pontífice” (original grifado). Estas, basicamente, as idéias de Rousseau, tão características do Iluminismo, esse movimento tão presente no já bastante avançado curso da modernidade, e que tanto influenciou a Revolução Francesa. Tanto

esta quanto aquele, ambos, essenciais à passagem para a Idade Contemporânea e as diversas modificações sociais e políticas que se sucederam. Novidades essas que serão devidamente tratadas, no continuar deste trabalho. Antes, todavia, é forçoso que se diga algo sobre Kant.

5.14 A Moderna Filosofia de Kant

Finalizando este já bastante longo capítulo dedicado à Idade Moderna, é forçoso que se diga algo ainda a respeito de Immanuel Kant (1724/1804). Segundo Del Vecchio (2010, p. 109/110), Kant fez, “na ordem especulativa [...], qualquer coisa semelhante ao que, na ordem política, tinha feito Rousseau. O sujeito, reconhecido como o princípio na ordem política, é também reconhecido como o princípio na ordem do conhecimento”. É por isso que, conforme o bem observado por Gilberto Cotrim (2006, p. 163), Kant coloca o seu pensamento em situação similar ao do de Copérnico, logo no início do Renascimento, porém, no âmbito da teoria do conhecimento. Tal comparação, feita pelo próprio Kant (2003, p. 29), no prefácio da segunda edição, de 1787, de sua *Crítica da Razão Pura*, originalmente de 1781, parte da ideia principal de que “[...] os objetos se deveriam regular pelo nosso conhecimento [...]”. Isso em oposição ao que se era de pensar, “[...] até recentemente, que o nosso conhecimento se devia regular pelos objetos” (KANT, 2003, p. 29). Trata-se, pois, de uma definitiva afirmação do racional antropocentrismo, tipicamente iluminista, e “[...] cuja matriz se encontrava no pensamento cartesiano” (BOBBIO, 2006, p. 45), fechando, pois, já no fim da Idade Moderna, aquele arco outrora iniciado com Copérnico e os pensadores Renascentistas.

No que tange à sua filosofia, em devida contextualização, é de se destacar que Kant buscou com o seu *criticismo* a superação do aparentemente insolúvel antagonismo entre dogmatismo (impossibilidade de contestação) e ceticismo (impossibilidade de conhecimento). É que ele entendia que as coisas somente poderiam ser conhecidas enquanto fenômeno (as coisas em sua aparência) e não enquanto nùmeno (as coisas em si mesmas). Para ele, portanto, é possível tanto o conhecimento quanto a sua contestação, mesmo que somente no âmbito fenomenológico. Já com relação à origem do conhecimento, Kant distinguia a possibilidade de conhecimentos *a priori* (anterior à experiência, racional) e *a posteriori* (posterior à experiência, empírico); bem como a existência do juízo analítico (quando se ressalta um predicado que já

está no sujeito) e do juízo sintético (quando se deduz um predicado que não está contido no sujeito). Argumentava também, e em continuidade, que os juízos analíticos (sempre juízos *a priori*) seriam juízos universais e necessários. Já os juízos sintéticos (em princípio, *a posteriori*), não possuíam tal característica. Porém, quando indagado sobre a existência de um juízo sintético *a priori*, afirmou pela possibilidade de sua existência (no âmbito da matemática e da geometria), conferindo também a essa espécie de juízo as características de universalidade e necessariedade. Logo, somente o conhecimento aprioristicamente originado tem, para Kant, as características supramencionadas. Daí, facilmente se depreende a sua propensão ao argumento racional, em detrimento do empírico, muito embora buscasse superar também essa contradição.

Essa sua perspectiva racional irá refletir-se também nas suas teorizações acerca do direito. Segundo Del Vecchio, (2010, p. 110), costuma-se por isso dizer que “[...] com Kant termina a escola do direito natural (*Naturrecht*) e começa a escola do direito racional (*Vernunftrecht*). O direito natural torna-se direito racional”. Nesse sentido, Paulo Nader (2007, p. 143), mesmo em se enxergando uma relação de continuidade entre os pensamentos de Locke, Rousseau e do próprio Kant, acerca da fundamentação do direito natural, infirma que este se coloca em clara oposição àqueles. Não obstante, ressalta Del Vecchio (2010, p. 110) que “[...] Kant não fez outra coisa que cumprir um processo de correção metodológica, já iniciado havia muito, e fora quase complementado na obra de Rousseau”. Ressalta-se, dessa diferente forma, uma solução de continuidade entre esses pensadores todos. A diferença entre eles, e também isso a que Del Vecchio chama de conclusão do processo de correção de método, é que “[...] Kant tem o mérito de ter removido aquela confusão entre o histórico e o racional, afirmando o valor puramente racional (relativo) dos princípios do direito natural” (DEL VECCHIO, 2010, p. 110). Assim, o contrato social, em Kant, é já um princípio regulativo, não mais um fato histórico, como ainda acontecia no pensamento de Locke e, mesmo que de maneira bem mais branda, também no de Rousseau. Todos eles, contudo, permanecem ligados pela premente tentativa de engendrar uma racional justificativa para a incidência e realidade do direito natural.

Já com relação ao próprio direito natural, Kant entendia que a liberdade era o valor máximo a ser preservado, do qual decorrem os direitos naturais, reconhecidos aprioristicamente (sem a intervenção dos sentidos) e, conseqüentemente, em total independência da legislação positiva. Por isso que, em resumo ao até agora dito, infirma Cotrim (2006, p. 160) que “[...] o ser humano, como ser dotado de razão e liberdade, é o centro da filosofia kantiana”. Em continuidade ao pensamento de Tomásio, aprofundou ainda mais aquela divisão entre direito (âmbito externo, da ação) e moral (âmbito interno, do pensamento).

A moral, para ele, é algo que não se confunde com a utilidade ou com o prazer, mas se funda, assim como toda sua teoria, num princípio, o imperativo categórico moral, que prevê que todos devem agir como se a sua ação pudesse ser convertida em lei universal. Estas as suas palavras, proferidas em sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, de 1785: “devo agir sempre de modo que possa querer também que minha máxima se converta em lei universal” (KANT, 2005, p. 29). Já o direito, por seu turno, busca tornar possível a convivência entre os homens. A coação, por fim, somente seria de razoável empregabilidade nos casos do direito em sentido estrito, ou seja, um direito que não viesse a abarcar a equidade e o direito de necessidade. Em se tratando de direito em sentido amplo, contudo, não haveria como se justificar tal coação.

Por fim, com relação a Deus (assim como em relação à alma e à imortalidade), Kant entende como um princípio da razão, mas argumenta pela impossibilidade de se cogitar acerca de sua existência, uma vez que “[...] não é possível o experimento a respeito de idéias metafísicas” (DEL VECCHIO, 2010, p. 115). Pode-se provar, racionalmente, tanto que sim quanto que não. Lança, dessa forma, as bases do agnosticismo. Este termo, contudo, será somente mais tarde inventado, por Thomas Henry Huxley (1825/1895), biólogo britânico, conhecido como o “buldogue de Darwin”, por lhe defender veementemente as ideias (Dawkins, 2007, p. 77/78). Ampara-se, para isso, justamente em Kant e também em Hume. Estudiosos discordam sobre o fato de Kant ser um homem religioso ou não. Dawkins (2007, p. 301) pensa que sim, possivelmente, em função do momento histórico. Cita, no entanto, o filósofo Grayling, como exemplo dos que creem que não, pois que era de fato ateu. Del Vecchio (2010, p. 118) destaca que “[...] como corolário do *imperativo*, Kant chega a admitir a existência de Deus e a imortalidade da alma, porque a razão exige necessariamente, como afirma Kant, o prêmio ou a pena para as ações” (original grifado). Ambos, contudo, concordam que a moral kantiana, verdadeira ética do dever, funda-se mesmo é no seu imperativo categórico e não em Deus. Mesmo a suposta crença em Deus kantiana, segundo o próprio Del Vecchio, parte desse corolário. Quanto a isso, todavia, é de se observar que também o imperativo categórico é nitidamente influenciado pela moral cristã. Nele, avulta a influência da máxima cristã que prega que não se deve fazer aos outros aquilo que não se quer seja feito a você mesmo, conforme o afirmado também pelo mesmo Del Vecchio (2010, p. 117). De qualquer forma, Kant encarna totalmente as características essenciais do Iluminismo, a saber, o primado da razão e o foco voltado ao indivíduo, enquanto ser humano universal, sempre se tendo em vista o modernismo como um grande período de transição e de secularização da ética cristã. Assim, feitas essas últimas considerações, passa-se agora à análise da Idade Contemporânea.

6 A IDADE CONTEMPORÂNEA

Após o sucesso então da Revolução Francesa, inicia-se, estendendo-se até os dias de hoje, o período histórico denominado de Idade Contemporânea. A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, originada desse momento revolucionário (embora os ideais que lhe deram vida foram ao mesmo tempo também o seu motor), veio a ser totalmente incorporada na constituição francesa. De resto, serviu como influência para uma infinidade de outras constituições, no decorrer dos anos posteriores, “[...] como o modelo a ser seguido pelo constitucionalismo liberal” (FERREIRA FILHO, 2006, p. 19). Destaca-se também, nesse pé, que outras declarações lhe antecederam, como é o caso das já anteriormente citadas: *Magna Carta*, de 1215, *Petition of Rights*, de 1628, *Bill of Rights*, de 1689 e também a *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia*, de 1776. É de se afirmar, contudo, que essas declarações vieram, aos poucos, progredindo, uma a uma, até atingir o seu auge na declaração francesa. Esta, a primeira com foros de universalidade, influenciada que era pelo ideal do direito natural, elaborado pelos jusnaturalistas, e, em especial, pelos ideais iluministas. Isso a ponto de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2006, p. 22) destacar que “[...] para os redatores do texto os direitos do cidadão são corolários dos direitos naturais que os subsumem“. Ou ainda que: “[...] do ângulo doutrinário a Declaração é a renovação do pacto social [...]” (FERREIRA FILHO, 2006, p. 22). Ademais, também é de se notar a enorme semelhança entre a primeira linha do Capítulo I de *O Contrato Social*, de Rousseau (2006, p. 21), e o primeiro artigo da Declaração (FERREIRA FILHO, 2006, p. 167), ambos afirmando a inata liberdade do ser humano. No mais, também estará presente na *Declaração da ONU*, de 1948, quando chegar-lhe o momento, e também em seu primeiro artigo (FERREIRA FILHO, 2006, p. 183). Logo, as características desses direitos declarados são, numa primeira observação, as mesmas daquelas do direito natural. Em resumo, serão destacados os ideais de liberdade e de igualdade. No entanto, somente o fato de terem sido declarados e, posteriormente, positivados, já torna esses direitos do homem e do cidadão um tanto diferentes do direito natural. A partir de então, são direitos inscritos no tempo e no espaço, firmados na mais estrita realidade mundana. Assim, se o modernismo foi responsável pela secularização da ética cristã, já a Idade Contemporânea será a responsável pelo processo de dessacralização do direito natural (BOBBIO, 2006, p. 45).

E é justamente aqui, pela força dessa inscrição do direito natural numa mera

folha de papel, e também pelas sangrentas batalhas necessárias à sua instituição, que, pela primeira vez de maneira substancial, o direito natural desce do Olimpo metafísico dos doutos, a sujar seus pés na lama. Nesse sentido, Bobbio (2004, p. 25) defende que os direitos humanos, “[...] por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de maneira gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. De resto, essa característica de inserção histórica e casuística não é estranha nem mesmo à própria definição e classificação do direito natural, embora Bobbio se esteja a referir aos direitos humanos, ou seja, o direito natural já inscrito. Isso é assim mesmo com relação à sua reivindicação, muito embora os jusnaturalistas, em sentido contrário, e em regra geral, tivessem se esforçado para justificá-los no âmbito da razão natural (que se quer, no mais das vezes, eterna, imutável e universal). Contudo, realmente há diferenças entre o direito natural e os direitos fundamentais, apesar de idêntica a matriz e da sempre muito estreita ligação entre ambos. Pode-se mesmo dizer que o cerne das semelhanças e diferenças entre esses dois direitos, ora analisados, está justamente na própria palavra *Declaração*. É que, se por um lado, a palavra denota uma pré-existência desses direitos (pois são declarados, não criados), o que os aproxima do direito natural, por outro, a sua própria declaração, por si só, já demonstra a vocação garantista a que se propõem os direitos do homem e do cidadão. E essa busca de garanti-los será mesmo feita dentro dos ordenamentos estatais, por força de seus códigos e, de maneira mais preponderante, em suas constituições. Essa expectativa de torná-los lei é expressa na própria declaração, por força da parte final de seu artigo 4º “[...] estes limites apenas podem ser determinados pela lei” (FERREIRA FILHO, 2006, p. 168). Por isso mesmo é que Bobbio (2004, p. 51) declara:

Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado.

Assim é que se inaugura uma nova categoria de direitos, chamados direitos fundamentais (direitos humanos, liberdades públicas, direitos públicos subjetivos, a depender de quem esteja a nomeá-los), partes indissociáveis das constituições contemporâneas, iniciando um considerável deslocamento da questão relativa aos seus fundamentos, para a questão de como salvaguardá-los. Isso ao ponto de Bobbio (2004, p. 43), por exemplo, apesar de assumir a

existência de uma crise dos fundamentos dos direitos humanos, chegar a afirmar que, em especial após o advento da Declaração da ONU, em 1948: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (original grifado). É dizer: os direitos naturais foram, num primeiro momento, declarados (o que pressupõe uma inegável crença em sua prévia existência, enquanto direitos naturais) e, posteriormente, positivados (o que lhes busca dar guarida, garantindo-os, ao mesmo tempo em que são concretizados no tempo e no espaço). E, curiosa e paradoxalmente, foi justamente aqui, que o jusnaturalismo e as teorias do direito natural passaram a entrar em descrença e declínio. É dizer, juntamente com Paulo Nader (2007, p. 142/143): “O jusnaturalismo alcançou o seu apogeu no séc. XVIII, ao influenciar nas declarações de direitos dos Estados Unidos e França, além de se projetar nas codificações dos direitos austríaco, prussiano e francês. Ironicamente, todavia, com o seu triunfo teve início a negação de suas idéias”. É que, à medida que se ia positivando os direitos naturais, perdia força o seu propalado ideal de universalidade. Isso se dará, sobretudo, pelo processo de formação dos Estados de Direito, com suas conseqüentes codificações, e também pelo viés historicista que assume o pensamento dos jurisfilósofos a partir de então, como mais adiante se destaca. Bobbio (2004, p. 49) destaca ainda, em complemento, que “[...] não são mais direitos do homem e sim apenas do cidadão, ou, pelo menos, são direitos do homem somente enquanto são direitos deste ou daquele Estado particular”. O direito natural, portanto, passa a ser direito estatal.

Daqui em diante, o juspositivismo reinará absoluto, salvo uma ou outra corrente, que tentarão reavivar a naturalística concepção do direito, embora noutros moldes, mais conformes à realidade da época em que se dão. Não é o juspositivismo ainda, que somente se encontrará plenamente estabelecido, aproximadamente, a partir dos meados do século XIX, mas é já o início de sua jornada. Quanto à inserção das duas correntes na atualidade, observa Roberto Lyra Filho (2006, p. 27) que, muito “embora o iurisenaturalismo (a ideologia do direito natural) seja a posição mais antiga (e de nenhum modo inteiramente liquidada) é o positivismo que hoje predomina entre os juristas de nosso tempo [...]”. Nesse sentido, Venosa (2007, p. 89) destaca que, já com as codificações, “passou-se a entender o código como palavra definitiva do Direito, com apego muito grande a letra da lei”, característica essencial do juspositivismo. Na verdade, no mais das vezes, muito mais a interpretação dos códigos do que eles próprios é que garantiram essa nova formulação. A escola da exegese, por exemplo, intérprete oficial do código de Napoleão, limitava substancialmente a atividade jurisdicional, ao estabelecer que o juiz deveria colocar-se nos termos exatos de um autômato, aplicando de maneira totalmente

mecânica a onipotente vontade do legislador. Além do que, consubstanciando-se em didático exemplo de interpretação positivista da lei, os exegetas sequer admitiam a existência de lacunas de lei. Ou seja, o que não era proibido era permitido, posição sustentada por muitos positivistas ainda hoje. E isso tudo, baseados, em muito, num critério eminentemente hermenêutico, embora não em claro desacordo com a previsão do próprio código, como mais adiante se verá.

No entanto, apesar dessa nova vertente, alguns códigos, numa espécie de resistência jusnaturalista, deixam nitidamente gravada a intenção do recurso ao direito natural. É o caso, por exemplo, do Código Austríaco de 1810, que irá prever que, em caso de lacuna de lei, são aplicáveis os “princípios fundamentais do direito natural”, segundo bem observaram Limongi França (1963, p. 39) e Norberto Bobbio (2006, p. 44). Esse termo será, no futuro, e também em outros códigos da mesma época, substituído por outros equivalentes, que, não obstante, ora tenderão ao jusnaturalismo, ora ao juspositivismo e ora ainda deixarão a discussão totalmente em aberto. Nesses termos, ressalta-se, por exemplo, o previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro atual: os “princípios gerais de direito”, abrindo franca margem ao duelo entre naturalistas e positivistas. Noutro plano, por exemplo, o Código Italiano de 1942, de notado viés positivista, vai se utilizar explicitamente do termo: “princípios gerais do ordenamento jurídico”, em nítida tentativa de fechar, por completo, o caminho para a passagem do direito natural nas discussões jurídicas. O próprio Código de Napoleão, que creditava tal tarefa livremente ao juiz, um “ministro de equidade”, em um de seus projetos de lei, acabou capitulando em sua final redação. A discussão quanto à correta aplicação principiológica, quando da existência de lacunas, contudo, não é de todo superada, e não é exagero algum a afirmação de que persiste até os dias de hoje, opondo juspositivistas e jusnaturalistas.

6.1 A Filosofia da Restauração

De qualquer forma, independentemente da aplicação ou mesmo da existência do propalado direito natural, fato é que o jusnaturalismo acaba por cumprir o seu papel histórico na evolução do direito, promovendo a transição da Idade Média para a Idade Contemporânea. Por um lado, contribuindo decisivamente para a instituição do Estado de Direito, que se deu por meio da promoção do indivíduo enquanto fundamento maior do direito e do Estado, em

oposição à sua mera portabilidade de deveres e em decisivo contributo para os ideais de Democracia e de soberania popular. Por outro lado, pela preponderante influencia nas formações dos códigos nacionais, em especial no tocante à sua composição sistemática. Não obstante a esses avanços, tanto a Revolução Francesa, quanto a própria *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*, não passaram de forma alguma incólumes a críticas. E é sobre elas que se debruça a partir de agora. Antes, porém, o entendimento de Bobbio (2006, p. 45):

Para que o direito natural perca terreno é necessário um outro passo, é preciso que a filosofia jusnaturalista seja criticada a fundo e que as concepções ou, ainda, “os mitos” jusnaturalistas (estado de natureza, lei natural, contrato social...) desapareçam da consciência dos doutos. Esses mitos estavam ligados a uma concepção filosófica racionalista (a filosofia iluminista, cuja matriz se encontrava no pensamento cartesiano). Ora, foi precisamente no quadro geral da polêmica anti-racionalista, conduzida na primeira metade do século XIX pelo historicismo (movimento filosófico-cultural de que falaremos no próximo parágrafo), que acontece a “dessacralização” do direito natural.

Logo, como se vê, o historicismo cumpre um papel de fundamental importância nessa tentativa de superação da doutrina jusnaturalista, mormente no tocante aos seus aspectos mitológicos. E, nesse sentido, o racionalismo eminentemente abstrato dos jusnaturalistas (é dizer: metafísico) em geral foi tomado como o grande novo vilão da teoria filosófico-jurídica. E é justamente esse vilão que será o alvo preferencial dos historicistas em geral, que buscarão dessacralizar o direito natural, concretizando-o no tempo e no espaço. Assim, as primeiras críticas já começam a ocorrer, ainda com a revolução em andamento, e desde o seu início (muito embora, apresentem substancial aumento em sua fase mais terrífica). Estas, contudo, possuíam um viés muito mais prático, político, do que propriamente filosófico ou jurídico. O que essa primeira oposição irá buscar é, sobretudo, uma volta ao passado monárquico e medieval. Daí, ser comumente chamada de Filosofia da Restauração ou, simplesmente, Restauração. Sua principal característica, uma tendência “[...] a exaltar a autoridade dos poderes estabelecidos e consagrados, há muito, contra as pretensões inovadoras da razão individual” (DEL VECCHIO, 2010, p. 139). Destaca-se ainda, a Santa Aliança (1815), firmada entre os tronos de Rússia, Prússia e Áustria, no campo da concretude, como sendo o ato mais emblemático dessa corrente política. No tocante ao método, como se sustenta o direito como algo fundado na história, e não dedutível mediante raciocínios individuais e abstratos, trata-se de uma espécie de movimento precursor dos historicismos filosófico e jurídico. Por isso, Del Vecchio (2010, p. 138) o denomina, alternativamente, de Historicismo Político. Não é simples,

contudo, supor que todas as vertentes historicistas (política, jurídica e filosófica) possuam esse intento restaurador, sendo necessário para tanto uma análise caso a caso.

Dentre os principais restauradores, Del Vecchio (2010, p. 141) cita De Maistre (1753/1821), “[...] feroz adversário do contratualismo e do racionalismo, fator da teocracia e entusiasta da Idade Média”. A respeito dele, Bobbio (2004, p. 130) ressalta que “todas as doutrinas reacionárias passaram através das várias concepções antiindividualistas [...] De Maistre declarou peremptoriamente: ‘Submeter o governo à discussão individual significa destruí-lo’”. Contudo, a crítica mais contundente e simbólica da Filosofia da Restauração foi a que partiu do inglês Edmund Burke (1729/1797), especialmente por meio de suas *Reflexões sobre a revolução da França*, de 1790. Nestas reflexões, irá enaltecer a constituição inglesa e a cultura histórica de seu povo, em total contraposição aos “insípidos fragmentos de papel exaltando os direitos do homem” (BURKE, 1963, p. 256 apud BOBBIO, 2004, p. 101). Já Del Vecchio (2010, p. 142) destaca que Burke “[...] critica a *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*, qualificando-a como um ‘digesto da anarquia’” (original grifado). Daí, a célebre polêmica com Thomas Paine (1737/1809), que já havia participado ativamente da Revolução Americana, com uma série de escritos, em especial, o seu *Senso Comum*, de 1776. Nessa contenda, Paine contrapõe a Burke, por meio de seus *Direitos do homem*, de 1791, uma argumentação de fundo nitidamente religioso, e alegando pela existência dos direitos humanos já no momento da divina criação do universo (BOBBIO, 2004, p. 101/102).

6.2 O Idealismo Subjetivo em Fichte e o Idealismo Objetivo em Schelling

Já no âmbito mais próprio da Filosofia, e também no da Filosofia do Direito, a grande novidade é o início do que se convencionou chamar de Idealismo Alemão, do qual fizeram parte Fichte, Schelling e Hegel. Com relação a essa corrente, num primeiro momento, por meio do pensamento de Johann Gottlieb Fichte (1762/1814), o que ocorre é que aquele racionalismo subjetivista de Kant será levado às suas últimas consequências. Discípulo direto de Kant, Fichte vai buscar em Kant justamente aquilo que mais o distanciava dos anteriores jusnaturalistas, ou seja, o abandono da “[...] mitologia do estado natural, somente recordando a velha fórmula como mera hipótese, com escopo demonstrativo” (DEL VECCHIO, 2010, p.

131). O pensamento de Fichte, portanto, em especial na primeira fase de sua obra, é de ser considerado mesmo como que um auge da assim chamada Escola do Direito Racional, para os que entendem que ela existe e que Kant a fundou. Portanto, sob determinados aspectos, não se coloca exatamente em oposição ao jusnaturalismo, mas mais em posição de uma busca pelo seu aperfeiçoamento. Muito embora, já se distancie bastante daquele primeiro jusnaturalismo professado por Grotius, Hobbes e Locke, seu pensamento é ainda tipicamente iluminista, esse segundo momento e até mesmo auge, do jusnaturalismo. Por isso, inclusive, colocou-se na vida prática como árduo defensor da Revolução Francesa, mesmo após a sua degeneração em excessos, em 1793, o “ano do terror”. Afinal, partia do princípio de que “[...] todo povo tem o direito de dar-se o governo que corresponda às suas aspirações, e isso também com violência, quando não seja possível de outra forma” (DEL VECCHIO, 2010, p. 128). E isso, para ele, era justamente o que se dava na Revolução Francesa, na qual via o exercício de um direito.

No âmbito de sua filosofia, tem-se que, para Fichte, o indivíduo, que em Kant era princípio de conhecimento, passa a ser por ele tomado como o princípio criador mesmo da realidade. O mundo real, objetivo, portanto, passa a ser tomado como um produto humano, radicalizando aquele racionalismo antropocêntrico preconizado pelo seu mestre. A esse universo externo ao Eu, criado pelo indivíduo, Fichte chamou de “não-eu”. Também ele elaborará um imperativo categórico, nos mesmos moldes kantianos, embora um pouco diferente, e engendrará um ainda maior firmamento da distinção entre direito e moral. Já numa segunda fase de sua obra, distancia-se do pensamento de Kant, ao prever que o Estado, além de ter como função principal a garantia dos direitos humanos, deveria ser completamente autônomo, além de jurídica e economicamente fechado ao seu exterior. Ainda mais a frente, chega a atribuir ao Estado uma função moralizadora e de promotor de cultura. Por essas, é frequentemente lembrado como um verdadeiro precursor do socialismo de Estado. Por fim, é de se destacar o entendimento de Giorgio Del Vecchio (2010, p. 131), de que a escola do direito racional é também responsável por ter “[...] efetivamente contribuído para os avanços legislativos, em especial na preparação dos Códigos em vários Estados; e mais teria podido ajudar se a ela não se tivesse oposto a escola do historicismo, em suas variadas formas”. Uma dessas formas de que fala Del Vecchio é o historicismo político, já analisado. Outra delas é o historicismo de aplicação jurídica, do qual Savigny é seu principal expoente e que será mais adiante tratado. Antes, contudo, será analisado o historicismo de cunho filosófico, que, aliás, também versou sobre o direito, e que se instituiu na Alemanha de então. Esse historicismo terá o seu auge em Hegel, mas tem suas bases no pensamento de Schelling.

Se Fichte desenvolveu uma filosofia de idealismo subjetivo, plenamente calcada no *Eu* do sujeito, por outro lado, e de modo um tanto diverso, Friedrich Schelling (1775/1854), irá desenvolver um idealismo de cunho eminentemente objetivo. De resto, essa doutrina será desenvolvida, também e ainda mais, por Hegel. Por isso é que Del Vecchio (2010, p. 132) coloca estes dois filósofos (Hegel e Schelling), embora também eles sejam pertencentes ao idealismo alemão, como possuidores de traços suficientemente comuns para que sejam ambos categorizados como pertencentes ao Historicismo Filosófico. E, filosoficamente, o que ocorre é que Schelling irá partir daquela premissa inicial de Fichte, substancialmente idealista, de um princípio criador de toda a realidade. No entanto, em contradita àquele, nega que a realidade exterior seja um produto da mente subjetiva. Entende, na verdade, que isso ocorre pela existência e atuação de uma mente objetiva, uma inteligência, que seria o único princípio de tudo e que se revela em toda a natureza, tendo o seu auge na razão humana. Assim, para ele, “o homem é a meta da natureza, ou seja, o olho pelo qual a natureza contempla-se a si mesma” (DEL VECCHIO, 2010, p. 132/133). Não é, portanto, o criador da realidade externa a ele, mas é parte dessa mesma realidade, criada pela mente objetiva. Assim, entende que a natureza encontra-se dividida em sujeito e objeto. Enquanto sujeito, a natureza é denominada de alma do mundo (*Weltseele*). Da mesma forma, e em consequência, existe também uma alma do povo (*Volksseele*), que definirá determinada sociedade e, conseqüentemente, a sua constituição política. Essa ideia, de espírito do povo, será bastante utilizada pela escola histórica do direito, assim como também será plenamente desenvolvida por Hegel. Por fim, pode-se também perceber, no âmbito da conceituação do Estado de Schelling, uma tentativa de reaproximação com a Igreja, o que leva “[...] a uma confusão de domínios e de competências, já superada e corrigida pela Filosofia política precedente” (DEL VECCHIO, 2010, p. 133). Isso não surpreende, contudo, ao se constatar um caráter religioso de sua obra, mormente por meio de seu conceito de espírito, ou inteligência, bastante similar a própria concepção do Deus cristão.

6.3 O Historicismo Filosófico de Hegel

Contudo, o pensador mais emblemático do Idealismo Alemão foi mesmo Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770/1831). Também ele, à maneira de Schelling, irá professar um

idealismo de cunho objetivo e uma filosofia de viés historicista. Assim, se ainda se liga de alguma forma ao jusnaturalismo, é tão somente pela via de um ideal-racionalismo, embora com novas características. Definitivamente, não há mais que se falar aqui em direito natural e contrato social. Também os demais traços característicos da filosofia de outrora, já se vão bastante esmaecidos. Até mesmo aquele individualismo subjetivo, ainda preconizado por Kant e Fichte, não mais se encontra presente na obra de Hegel, eminentemente objetiva e histórico-social. Na verdade, é de se dizer, que, tão logo se inicia a Idade Contemporânea, já se inicia também uma tentativa de superação dos ideais jusnaturalistas e das suas concepções de contrato social e direito natural. Somente que aqui, em Hegel, tal tentativa já se encontra bem mais amadurecida. É assim que, se, por um lado, e em âmbito de generalidade, Kant pode ser considerado como que um auge mesmo do jusnaturalismo, por outro, o racionalismo kantiano já contém também o germe da sua própria superação. Isso porque Kant foi de fato a principal contribuição para o estabelecimento do idealismo alemão (COTRIM, 2006, p. 171), local onde se situa o pensamento de Hegel, e onde se dá também o primeiro grande passo no sentido de superação da doutrina jusnaturalista. Retoma-se o assunto, oportunamente. No tocante aos aspectos gerais da sua filosofia, tem-se que Hegel, por meio de sua *Fenomenologia do Espírito*, de 1807, uma de suas principais obras, irá desenvolver aquela mesma ideia de realidade como Espírito, presentes na obra de Fichte e, sobretudo, na de Schelling. Porém, altera-a substancialmente, ao dotar-lhe de um caráter de dinamicidade. Parte, portanto, da realidade enquanto Espírito e sujeito, objetivamente, nos moldes de Schelling, e acrescenta-lhe mobilidade. Essa mobilidade subjetiva do Espírito, ou seja, das coisas mesmas, segue sempre um mesmo caminho, dotado de momentos sucessivos e contraditórios entre si, ao que Hegel chamou de movimento dialético. Assim ele exemplifica (HEGEL, 1999-A, p. 296):

O botão desaparece no desabrochar da flor, e pode-se dizer que é refutado pela flor. Igualmente, a flor se explica por meio do fruto como um falso existir da planta, e o fruto surge em lugar da flor como verdade da planta. Essas formas não apenas se distinguem mas se repelem como incompatíveis entre si. Mas a sua natureza fluida as torna, ao mesmo tempo, momentos da unidade orgânica na qual não somente não entram em conflito, mas uma existe tão necessariamente quanto a outra; e é essa necessidade que unicamente constitui a vida do todo.

Assim, é de se observar que esse movimento dialético hegeliano difere daquele preconizado pelos antigos filósofos gregos, uma vez que, em Hegel, é referente à realidade mesma, em si, e não ao pensamento ou à argumentação filosófica. É que o Espírito, para Hegel, encontra-se inextrincavelmente ligado ao mundo material. Logo, as coisas, dotadas desse

racional espírito, também deveriam transcorrer dialeticamente no tempo. A estrutura formal, contudo, é a mesma. Assim, o movimento dialético hegeliano é dotado de três fases, diversas e sucessivas entre si, e que buscarão, justamente por meio desse movimento, a superação entre as suas contradições. São elas: o *ser em si* (tese), o *ser fora de si* (antítese) e o *ser para si* (síntese). O movimento inicia-se por uma tese, a qual se opõe sua antítese, acabando por se resolver numa síntese. Esta, por sua vez, ao mesmo tempo em que resolve a contradição existente entre as duas fases anteriores, transforma-se também em uma nova tese, que será, futuramente, também oposta e sintetizada. E assim, se vai, indefinidamente. Já no tocante às possibilidades de manifestação desse Espírito hegeliano, também triádica é a sua divisão. Assim, o Espírito pode ser caracterizado enquanto: subjetivo (consciência individual), objetivo (cultura historicamente produzida), e absoluto (filosofia, arte e religião). O direito pertence à segunda categoria, assim como a moral, segundo se depreende dos seus *Princípios da Filosofia do Direito*, de 1821. Já a história, por sua vez, seria o próprio desdobrar-se do Espírito, objetivamente, no decurso temporal. É que Hegel entende que a história universal abarca “[...] a realidade espiritual em ato [...]” (HEGEL, 2000, p. 307). E, como esse Espírito é também razão, a história possui uma finalidade, ou seja, é “[...] o desenvolvimento necessário dos momentos da razão [...]” (HEGEL, 2000, p. 307). Logo, não existem erros na história. Essa razão apregoada por Hegel, por sua vez, é para ele de origem divina, conforme ele deixa bem claro quando, já finalizando a sua *Filosofia da História*, afirma que a história universal “[...] não apenas não se faz sem Deus, mas é essencialmente a Sua obra” (HEGEL, 1999-B, p. 373). Assim, pode-se dizer que, em última instância, para Hegel, tudo o que existe está correto, tão só e justamente, porque essa é a vontade de Deus. Nesse mesmo sentido, coloca-se também a sua famosa afirmação, feita logo no prefácio dos seus *Princípios da Filosofia do Direito*, de que “o que é racional é real e o que é real é racional” (HEGEL, 2000, p. XXXVI) (original grifado). Ou seja, a racionalidade fica, dessa forma, completamente atrelada à própria realidade.

Assim, conseqüentemente, em nada surpreende a afirmação de Hegel de que “[...] em geral a filosofia da história nada mais significa do que a sua observação refletida” (HEGEL, 1999-B, p. 16); ou ainda que “a filosofia diz respeito ao esplendor da idéia que se reflete na história universal [...] Seu interesse é conhecer o processo de desenvolvimento da verdadeira idéia [...]” (HEGEL, 1999-B, p. 373). Noutras palavras, a função da filosofia é tão somente a de captar essa ideia racional no próprio curso da história, pois lhe é intrínseca (o real é racional). Isso por meio de sua observação e de uma reflexão sobre o historicamente observado. Nesse prisma, é que Del Vecchio (2010, p. 138) observa, a respeito do idealismo

hegeliano, que, “efetivamente, identificando o real com o ideal, ele é ao mesmo tempo um realismo. Por isso, não estranha que do seio da Filosofia hegeliana tenham surgido também sistemas materialistas”. Isso é, por exemplo, o que ocorrerá no pensamento de Karl Marx (1818/1883) e Friedrich Engels (1820/1895), conceptores eles de uma dialética histórica, nos moldes de Hegel, porém, de viés exclusivamente materialista. Por outro lado, Hegel irá afirmar também que tudo isso que está posto é plenamente passível de ser conhecido pelo ser humano. Este, portanto, não possui quaisquer limites à sua capacidade de cognição (o racional é real). Por isso mesmo é que, contrariando Kant e o seu subjetivismo, Hegel irá objetivamente afirmar que, “também o absoluto é cognoscível” (DEL VECCHIO, 2010, p. 134). Nesse intento, será contrariado por Arthur Schopenhauer (1788/1860), ao futuro, que em sua obra *O mundo como vontade e representação*, de 1819, irá retomar aquela noção de impossibilidade de conhecimento das coisas como elas são. Não só nisso se opõe a Hegel, chegando mesmo a alcunhar-lhe o termo charlatão, em especial pelo envolvimento deste com o estado prussiano.

Já a Filosofia do Direito, no pensamento de Hegel, por sua vez, coloca-se de maneira bastante similar, somente que mais específica. E, nesse âmbito, o que ele entende captar como verdade no curso da história do direito é que ele é “[...] ‘a existência do livre querer’. Em outras palavras, é a liberdade que se põe externamente, é a existência externa da liberdade” (DEL VECCHIO, 2010, p. 136). Esse livre querer, porém, essa liberdade, somente se pode estabelecer por meio do Estado, que é “[...] a realidade em ato da Idéia moral objetiva, o espírito como vontade substancial revelada [...]” (HEGEL, 2000, p. 216). Isso porque, para ele, “[...] o indivíduo obtém a sua liberdade substancial ligando-se ao Estado como à sua essência, como ao fim e ao produto da sua atividade” (HEGEL, 2000, p. 216). Ou seja, o indivíduo só tem razão de ser dentro do Estado. E o indivíduo dele apartado é uma mera abstração que não se sustenta em hipótese alguma. Por isso é que, em franca oposição ao jusnaturalismo, Hegel é pelo entendimento de que “não existe o homem em estado de natureza” (COTRIM, 2006, p. 280). E é justamente por entender dessa forma que Hegel irá criticar também a doutrina do contrato social, que “[...] parte da idéia do indivíduo isolado que, posteriormente, teria se organizado em sociedade. Para Hegel, isso é um equívoco” (COTRIM, 2006, p. 280). O Estado, para ele, é antecedente ao indivíduo, pois aquele forma este, em seu próprio ser, pela via da formação da cultura no decurso temporal. Para ele, “[...] a natureza do Estado não consiste em relações de contrato, quer de um contrato de todos contra todos, quer de todos com o príncipe ou governo” (HEGEL, 2000, p. 72). Vai ainda mais longe, em sua conceituação acerca do Estado, ao afirmar que “[...] a sua essência substancial não é

exclusivamente a proteção e a segurança da vida e da propriedade dos indivíduos isolados. É antes a realidade superior e reivindica até tal vida e tal propriedade, exige que lhe sejam sacrificadas” (HEGEL, 2000, p. 89). E é também por isso que Hegel irá negar também a existência do direito natural. Paulo Nader (2007, p. 147) destaca, nesse pé, que Hegel “não concordava com a supervalorização do conceito de ‘natureza’, nem a sua utilização nas questões éticas e jurídicas”. Não obstante, já no momento seguinte, o referido autor discerne alguma semelhança do conceito hegeliano de direito abstrato com o de direito natural, pois que também aquele estaria fundado em um princípio subjetivo, à maneira de Kant, cuja forma é a de um imperativo categórico: “O imperativo do direito é portanto: sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas” (HEGEL, 2000, p. 40). Assim, ainda há, em Hegel, algumas características de nítido viés jusnaturalista. Também o direito abstrato, fundado na vontade livre do indivíduo, está totalmente ligado às ideias de indivíduo e de universalidade. Ademais, é de se destacar também a nítida influência do pensamento de Spinoza na definição hegeliana do Espírito, em especial no tocante à sua divina racionalidade. A característica opositiva de seu pensamento permanece, porém, apesar desses resíduos jusnaturalistas de sua filosofia.

6.4 O Historicismo Juspositivista de Hugo

Já no âmbito mais específico da jurisfilosofia, também e ainda na Alemanha, e em proximidade com o visto até agora sobre a tentativa de superação do jusnaturalismo, irá despontar a chamada Escola Histórica do Direito, ou Historicismo Jurídico. Suas principais características são a concretização do homem no tempo e no espaço, em total contraposição àquela abstrata universalização racionalista presente no jusnaturalismo em geral. Trazem consigo, por outro lado, como espécie de efeitos colaterais, o apego demasiado aos costumes e às tradições e também um certo pessimismo quanto à capacidade de progresso da humanidade. Embora tenha Burke, Montesquieu e Vico como predecessores, é somente com a obra de Savigny que tal escola de fato se estabelece. O pensamento de Gustav Hugo (1764/1844), todavia, é o principal responsável pela fundamentação necessária ao futuro estabelecimento tanto da Escola Histórica do Direito, quanto do próprio juspositivismo, atuando, pois, em espécie de antecipação de ambas. É que Hugo irá sustentar, por meio de sua obra,

sugestivamente denominada de *Tratado de direito natural como filosofia do direito positivo*, de 1797/1798, que o direito natural está inserido dentro do próprio ordenamento estatal. Para ele, o direito natural é a filosofia do direito positivo. Ou seja, conforme observa Norberto Bobbio (2006, p. 46), coloca-se como algo muito mais próximo de uma Teoria Geral do Direito do que de uma Filosofia do Direito propriamente dita. E é por isso também que “com a redução do direito natural e filosofia do direito positivo, a tradição jusnaturalista é esgotada (mesmo que ele, naturalmente vá ressurgir por outras vias). A obra de Hugo assinala a passagem da filosofia jusnaturalista para a juspositivista (*lato sensu*)” (BOBBIO, 2006, p. 46) (original grifado). Consubstancia-se, portanto, em importante marco da história do pensamento jurídico.

Muito embora não se esteja a falar aqui ainda em juspositivismo em sentido estrito, a positividade ganha aqui, na doutrina de Hugo, já bastante notoriedade, e mesmo uma proeminência, chegando ao ponto de solapar aquele tão antigo e resistente conceito de direito natural. Por isso mesmo é que avulta a influência que Hugo terá no pensamento de John Austin, este que irá, ao futuro, praticamente fundar o positivismo jurídico, aqui tomado em seu sentido estrito. Observa-se ainda, nesse ínterim, que, segundo Bobbio (2006, p. 45), “[...] ‘escola histórica’ e ‘positivismo jurídico’ não são a mesma coisa; contudo, a primeira preparou o segundo através de sua crítica radical do direito natural”. Assim, o historicismo e o juspositivismo ligam-se pela sua oposição ao jusnaturalismo. Não obstante, como autêntico precursor do historicismo, Hugo irá pregar também a possibilidade de aceitação do direito consuetudinário, pois que entendia pela impossibilidade de previsão da totalidade dos casos a serem abarcados pelos textos legais. Já Tercio Sampaio Ferraz Júnior (1980, p. 27) destaca que Hugo propõe uma divisão tripartite acerca da Ciência do Direito: Dogmática Jurídica (que busca saber o que é legal), Filosofia do Direito (que busca indagar se aquilo que é legal é razoável) e História do Direito (que busca saber como aquilo que é legal se formou). Entende também pela historicidade da Ciência do Direito, uma vez que também a dogmática jurídica seria para ele algo inserido num contexto histórico. Assim, é dizer que o direito, enquanto fenômeno histórico, viabiliza seu juízo crítico. “Com isso, adiantando, de um lado, as investigações da Escola Histórica, liga-se ele ainda, de outro lado, a uma perspectiva iluminista da fase inicial, que enfatiza a reflexão crítica” (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 28). Trata-se, portanto, de obra de transição, mas já em prenúncio das correntes jurídicas que a sucederam.

6.5 O Embate entre o Historicismo Jurídico de Savigny e o Codicismo de Thibaut

Não obstante toda a importância e pertinência do pensamento de Hugo, pelos motivos já destacados, é de se dizer que a Escola Histórica do Direito, em seus termos mais exatos, constitui-se de fato é com a jurisfilosofia do pensador alemão Friedrich Karl von Savigny (1779/1861). E os fundamentos desse historicismo aplicado ao campo do direito vêm a lume, principalmente, por meio de sua obra *Da vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência*, de 1814. Por meio dela, Savigny irá buscar rebater o intento codificador, propugnado por Anton Friedrich Justus Thibaut (1772/1840), em sua obra *Da necessidade de um direito civil geral para a Alemanha*, de 1814. E é dessa forma que acaba por se estabelecer um profícuo e célebre debate entre os dois pensadores acerca da conveniência e necessidade de uma codificação na Alemanha. Thibaut era a favor, Savigny, contra. É de se observar que esse debate está inserido dentro de um contexto mais global, onde se podia observar um nítido movimento, amplamente difundido, pela tentativa de implantação dos códigos nacionais. Sobre esse processo das codificações em geral, destaca Norberto Bobbio (2006, p. 54):

As codificações representam o resultado de uma longa batalha conduzida, na segunda metade do século XVIII, por um movimento político-cultural francamente iluminista, que realizou aquilo que podemos chamar de a “positivação do direito natural”. Segundo esse movimento, o direito é expressão ao mesmo tempo da autoridade e da razão. É expressão da autoridade visto que não é eficaz, não vale se não for posto e feito valer pelo Estado (e precisamente nisto pode-se identificar no movimento pela codificação uma raiz do positivismo jurídico); mas o direito posto pelo Estado não é fruto de mera arbitrariedade, ao contrário é a expressão da própria razão (da razão do príncipe e da razão dos “filósofos”, isto é, dos doutos que o legislador deve consultar).

Essa junção entre os ideais de autoridade e razão é que, inclusive, acabou por engendrar o assim chamado Despotismo Esclarecido, estabelecido por meio de uma parceria firmada entre monarcas absolutos e filósofos, durante o Século XVIII. E é justamente nesse todo contextualizado que se irá travar a batalha jurisfilosófica entre Thibaut e Savigny. Este, marcado pelo seu pensamento historicista, vai professar que a codificação provoca o enrijecimento do direito, que, dessa forma colocado, não conseguiria acompanhar o processo de evolução histórica. Ademais, para ele, não se pode definir racionalmente o que é direito, posto que ele deve ser observado no curso da história, com total prevalência dos usos e dos costumes. Savigny entende melhor, portanto, um direito consuetudinário, oposto ao codificado. Diz isso

em combate ao pensamento iluminista, preponderante nesse momento, e que entendia que os costumes tinham sempre algo de irracional, pois eram executados automaticamente, sem quaisquer questionamentos. Além disso, pregavam que, no mais das vezes, a reiterada aplicação dos costumes acabaria por perpetuar o modo de vida medieval, já que eram meros resquícios desta. E isso, não obstante, era exatamente o que os iluministas buscavam superar. Segundo Bobbio (2006, p. 55), “o movimento pela codificação representa, assim, o desenvolvimento extremo do racionalismo, que estava na base do pensamento jusnaturalista [...]”. A codificação é, portanto, um elo entre jusnaturalismo e juspositivismo. Essa ideia, contudo, será mais adiante retomada. No tocante às características gerais que permitiram o aparecimento desse debate, ora em análise, pode-se dizer que foram essas, conforme o destacado. O fato, todavia, que irá despertar a polêmica de maneira decisiva é a difusão do Código de Napoleão na Alemanha, ainda em regime semifeudal, por meio da sua parcial invasão pelo exército francês. Surge então um movimento pela busca de uma codificação que viesse a abranger toda a Alemanha, em prol da segurança jurídica, e tendo-se também em vista a sua tentativa de unificação. Um de seus principais defensores será justamente Thibaut, que já havia escrito *Sobre o influxo da filosofia na interpretação das leis positivas*, de 1798, onde, se por um lado, liga-se à sistemática de cunho jusnaturalista, por outro, liga-se também ao conceito de historicidade do direito. Bobbio (2006, p. 57) resume seu pensamento da seguinte forma: “Para ele, a interpretação ‘filosófica’ (isto é, lógico-sistemática) não se contrapõe à interpretação histórica, mas a integra. Procurava, portanto, assumir uma posição moderada, de conciliação, entre história e razão [...]”. Já em 1803, escreve o *Sistema do direito das Pandectas*, que, juntamente com os *Fundamentos de um sistema do direito civil comum*, de 1807, de Heise, irá influenciar decisivamente a Escola Pandectista alemã. Esta, instituída no decorrer do século XIX, vai dedicar-se ao estudo e aplicação lógico-sistemática do Digesto (ou Pandectas), um dos livros do Código Justiniano, em franca adoração dos textos jurídicos romanos. Por fim, ressalta-se que, embora se costume dizer que Thibaut é representante da Escola Filosófica, Norberto Bobbio (2006, p. 57) entende mais correta a classificação do seu pensamento, conforme definiu Landsberg, enquanto Positivismo Científico.

A famosa polêmica entre Thibaut e Savigny, enfim, inicia-se em 1814 por meio das obras acima já citadas. Primeiramente, Thibaut irá incitar os príncipes alemães à promulgação de um código, dentre outros afazeres acessórios, visando propiciar o que chamava de um renascimento da Alemanha. Alegava também que isso era de total merecimento do povo alemão, devendo ser feito de maneira a mais rápida possível. Buscava ele clarear o direito,

iluminá-lo é de se dizer, alegando a total inconveniência da disparidade de leis e de costumes vigentes em toda a Alemanha. Para tanto, concebia tal código como algo propenso a nada menos do que à pura e simples perfeição (formal e substancial), o que dizia faltar às leis utilizadas na Alemanha de então (Direito Germânico, Direito Canônico e Direito Romano). Alegava ainda que o código traria inúmeras vantagens para todos (aos juristas, sejam eles práticos ou estudiosos, e também aos cidadãos e governantes), quer seja pela clareza e segurança que proporcionariam, quer seja pelo passo adiante e decisivo no sentido da unificação de toda a Alemanha. Noutro plano, Thibaut busca também combater aquele argumento eminentemente historicista de que a codificação engessaria o direito. É que “Savigny alegou que o código matava o Direito. A vida era dinâmica e o código, estático. O Direito escrito provocaria a fossilização ou o esclerosamento do Direito” (NADER, 2007, p. 151). Por isso é que Thibaut alega, em contrário, que, de fato, as necessárias mudanças no direito não são tão frequentes como se alega e que isso, portanto, não seria um problema real. Nesse sentido, Bobbio (2006, p. 59) destaca que, Thibaut entende “[...] que, na realidade, nos assuntos importantes para a vida social, as variações do direito são muito menores do que se pensa”. E essas mudanças, para Thibaut, são muito mais frutos de arbítrio dos príncipes do que propriamente das diferenças culturais e históricas. Assim, o direito codificado seria tão artificial quanto os vários direitos locais. Estes, por outro lado, ainda mais expostos ao arbítrio.

Já Savigny, em sua resposta, alegará, num primeiro momento, que a codificação não é algo desprezível em si mesmo. Somente vai ressaltar que ela não é apropriada ao momento, uma vez que a Alemanha não se encontraria suficientemente madura para tal. Completa alegando que padecia ela até mesmo de uma certa decadência, em especial no tocante às ciências jurídicas. Para melhor entender essa sua concepção, é preciso destacar que Savigny estabelece uma divisão tripartite dos níveis de maturidade por quais passam as sociedades em geral, sendo que, cada uma delas, tende a se utilizar de um determinado direito. Assim, o direito popular seria o direito utilizado pelas sociedades primitivas, ainda em estágio de formação. Já o direito científico, seria o utilizado pelas sociedades em pleno estágio de maturidade. Por fim, o direito legislativo, o utilizado pelas sociedades decadentes. Entendia ele, porém, que a reversão da decadência de uma sociedade, justamente o que ele pretendia empreender na Alemanha de sua época, somente se poderia dar mediante incentivo constante e vigoroso ao direito científico. Já a codificação, por seu turno, somente poderia fazer piorar a situação. Nesse intento, chega, inclusive, a exemplificar o Código de Justiniano, enquanto síntese da decadência do Direito Romano, como algo já impuro e corrompido pela decadência jurídica que absorveu. Não

obstante, Bobbio (2006, p. 61) destaca simplesmente que, “[...] segundo ele, uma tal época favorável não existe jamais”. É que Savigny entende que, num período de direito primitivo, a codificação impediria a evolução do direito; num período de direito maduro, a codificação seria desnecessária, dada a vigência do direito científico; e, num período de direito decadente, ela serviria à cristalização de um direito decadente. Dessa forma, fica uma nítida impressão de que se trata mesmo é de uma “[...] oposição propriamente dita de princípio” (BOBBIO, 2006, p. 61), e não conjetural como quer fazer parecer. Tudo isso acima dito sobre Savigny revela-se de pleno acordo com o seu pensamento historicista acerca do direito, onde o direito é tido como algo que não se define de maneira racional e momentânea, mas, antes, como consequência de uma evolução histórica, em especial da ciência jurídica. Nesse sentido, aproxima-se sobremaneira o seu pensamento daquela filosofia historicista, empreendida por Schelling e por Hegel, e constituindo-se mesmo em um tipo de jurídica especificação daquele. E é justamente isso o que também infirma Del Vecchio (2010, p. 143/144), no trecho adiante destacado:

O direito, sustenta Savigny, vive na prática e no costume, que é a expressão imediata da consciência jurídica popular. A “consciência jurídica popular” tem um conceito característico, que a escola histórica do direito derivou do historicismo filosófico de Schelling e de Hegel. (Em verdade, toda essa corrente está em estreita conexão com o historicismo filosófico, e até se pode chamá-la uma aplicação particular dele no campo do direito.)

Assim, como se percebe, para a Escola Histórica do Direito, os usos e os costumes de um povo são os alicerces onde se deve soerguer o edifício jurídico. Isso porque os historicistas entendem que as manifestações culturais, que se perfazem no curso da história, são o reflexo maior do que eles denominaram de espírito popular (*Volksgeist*). Assim também se dá com o direito, que deve, portanto, total obediência aos costumes e as tradições de determinado povo, justamente no seio do qual ele brota. Nader (2007, p. 150) explicita isso da seguinte forma: “A fonte ou origem do Direito está no espírito do povo (*volksgeist*). O Direito não tem por fundamento as idéias abstratas, nem se baseia nos conceitos da razão. Ele deve ser a expressão da consciência jurídica do povo”. Assim, fica bastante patente a influência exercida pelo pensamento de Schelling e de Hegel sobre o pensamento desses historicistas do direito. É que tanto um quanto o outro “[...] exaltaram a alma popular como expressão do espírito universal” (NADER, 2007, p. 149). Logo essa influência aparece, primeiramente, no tocante ao conceito de espírito mesmo, inclusive, no que tange à sua expressividade histórica. Segundo, pelo fato de essa mesma expressividade estar umbilicalmente ligada à determinada sociedade,

onde adquire características específicas consubstanciando-se no espírito do povo dessa mesma sociedade. Por fim, destaca-se que, também para os adeptos do historicismo jurídico, somente a observação do curso da história, buscando nela a consciência jurídica popular, possibilitaria a apreensão do real direito. Nesse sentido, Ferraz Júnior (1980, p. 28) ressalta que, com isso, aquela primeira noção jusnaturalista de “[...] sistema ganha [...] uma qualidade *contingente*, que se torna pressuposto fundamental de sua estrutura” (original grifado). Continuando, preleciona também que “Savigny enfatiza o relacionamento primário da intuição do jurídico não à regra genérica e abstrata, mas aos ‘institutos de direito’ (Rechtsinstitute), que expressam ‘relações vitais’ (Lebensverhältnisse) típicas e concretas” (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 28). O direito, enfim, passa a ganhar uma maior concretude, ainda que pela via um tanto esotérica, um tanto mística, da conceituação de espírito levada a termo pelos historicistas em geral.

Logo, conforme se vê, para essa escola, não há que se falar em criação racional do direito. E é justamente disso que serão acusados, pelos mesmos historicistas, os jusnaturalistas. No entanto, é de se observar que a pré-existência do direito não é de forma alguma uma ideia estranha ao jusnaturalismo. Somente que tais filósofos criam encontrá-lo na natureza do ser humano, das coisas, ou em Deus, sendo que a sua apreensão, esta sim, devia-se dar, no mais das vezes, pela via da razão. No entanto, nem mesmo isso é de todo verdade, pois, alguns jusnaturalistas eram também eminentemente empiristas e tentaram uma justificação histórica, em que pese as suas limitações nesse sentido. Basta, para tanto, que se lembre dos pensamentos de Hobbes e Locke. Além desses, também Vico e Montesquieu caminharam nesse sentido. A diferença principal, portanto, entre historicistas e jusnaturalistas, é que, conforme a observação de Paulo Nader (2007, p. 148), “com a Escola Histórica as atenções convergiram-se para a experiência, para os fatos da sociedade e seus costumes”. Assim, buscavam, na observação das diversas sociedades em suas respectivas progressões históricas, um direito já previamente existente e já instituído, atuante; diferentemente dos jusnaturalistas, que buscavam justamente a garantia de direitos que julgavam existentes, mas que não eram necessariamente aplicados, visando inclusive, não raro, uma mudança no *status quo*. No entanto, se o método muda, a atitude dogmática em relação ao direito permanece. O historicismo não deixa de possuir estreita ligação com o jusnaturalismo, nesse sentido, já que o que se entende pelas duas escolas, em última instância, é que o direito deve ser reconhecido, não criado. Somente que esse reconhecimento deve-se dar na observação do mundo factual, para os historicistas, e mediante a abstração racional acerca da natureza das coisas para os jusnaturalistas. Muito embora, também é de se destacar que os jusnaturalistas também observam e os historicistas também abstraem. O

maior fator de união entre eles, todavia, é que ambos partem de uma concepção do direito enquanto verdade absoluta (dogma), e que, na grande maioria das vezes, está em plena conformidade com os desígnios divinos (Criador da natureza ou Criador da história). Para os historicistas, contudo, esse direito é palpável, prático, já em aplicação. E é nesse sentido que acabam por contribuir para a inserção do direito no mundo da realidade factual dos homens.

Noutro aspecto, os historicistas vão estabelecer também um paralelo do direito com a linguagem, como maneira de justificar o seu método jurídico. É que, para eles, a linguagem primeiramente surgiu, no decorrer da civilização, e somente depois é que ela foi reduzida a ciência, por meio do trabalho dos gramáticos, que lhes definiram as regras e princípios. Assim, também o direito deve ser pré-existente à produção legislativa. Essa escola é frequentemente chamada de romântica justamente por defender essa pré-constituição do direito, que se daria de maneira instintiva, inconsciente, no seio da própria população. Essa pré-constituição jurídica seria dada pelo já prelecionado *Volksgeist*, o que lhe rendeu também a alcunha de uma doutrina um tanto quanto mitológica. Às leis, somente restaria ser a materialização desse direito, já previamente constituído. Há que se destacar também o enaltecimento que essa escola irá fazer do Direito Romano, a quem Savigny dedicou uma obra de nada menos do que 10 volumes. Sobre o tema Del Vecchio (2006, p. 147) assim se coloca: “Observou-se, justamente que, sob certo aspecto, o Direito Romano tornara-se para a escola histórica um sucedâneo do direito natural, combatido por ela”. É que o Direito Romano passou a ser tomado por essa escola algo como uma *ultima ratio*, assim como era o direito natural para os jusnaturalistas. Já Ferraz Júnior (1980, p. 29), destaca ainda mais um ponto de contato entre as duas doutrinas, que tanto se confrontaram naquele momento histórico. É que esse tratamento sistemático que os historicistas deram ao Direito Romano, mormente pela continuação de seu pensamento na Escola Pandectista Alemã, mas também já em Savigny, consubstancia-se em verdadeira retomada da sistemática jusnaturalista em termos práticos. Por fim, no tocante ao caminhar da instituição do direito enquanto ciência, Ferraz Júnior (1980, p. 29) observa que “a Escola Histórica teve o grande mérito de pôr a si a questão do caráter científico da Ciência do Direito. Como já salientamos, a expressão *juris scientia* é criação sua, como é seu o empenho de dar-lhe este caráter, mediante um método próprio de natureza histórica” (original grifado). Não somente do direito inserido na história, mas também do direito construído pela história. Fez do direito, portanto, uma ciência eminentemente histórica. E já finalizando, é de se lembrar também, mesmo que a título de complemento e somente de passagem, o pensamento de Georg Friedrich Puchta (1798/1846), que deu continuidade ao trabalho de Savigny, em especial pela

sua obra sobre o *Direito Consuetudinário*, de 1828/1837, onde irá defender a supremacia deste. Sobre ele, Ferraz Júnior (1980, p. 33) destaca a “[...] sua ‘pirâmide de conceitos’, que enfatiza, conhecidamente, o caráter lógico-dedutivo do sistema jurídico, enquanto desdobramento de conceitos e normas abstratas, da generalidade para a singularidade, em termos de uma totalidade fechada e acabada”. Assim, inexistem as lacunas do direito, para Puchta. Conceito este que o coloca como um autêntico expoente do juspositivismo e também o liga de certa forma à escola da “Jurisprudência dos Conceitos” (*Begriffsjurisprudenz*). Segundo Bobbio (2006, p. 122), este termo “[...] foi empregado principalmente com intuito polêmico por seus adversários [...]”, o que dificulta bastante a definição dos seus expoentes. No entanto, o mesmo autor afirma que *O espírito do direito romano*, de 1852/1865, de uma primeira fase do pensamento de Rudolf von Jhering (1818/1892), era uma referência aos seus cultores. Já numa segunda fase, Jhering será, com a sua *A finalidade do direito*, de 1877/1883, representante principal da escola alcunhada de “Jurisprudência dos Interesses” (*Interessenjurisprudenz*).

6.6 O Código de Napoleão e a Problemática das Lacunas Legais

Paralelamente a todo esse processo evolutivo do direito na Alemanha, outro irá ocorrer, de maneira diferente, mas com uma série de elementos similares, também na França. É que lá, desde o início da feitura do código civil francês até o momento da sua conclusão, houve muita discussão jurídico-doutrinária sobre os termos em que se estabeleceria o direito civil francês. E tal discussão marcou profundamente o desenvolvimento do direito, não só no âmbito da França, mas também em âmbito europeu e, pode-se dizer, até mesmo mundial. E a principal contribuição nesse sentido, foi, sem dúvida alguma, justamente a própria codificação. Segundo destaca Bobbio (2006, p. 63), “[...] a idéia de codificação surgiu, por obra do pensamento iluminista, na segunda metade do século XVIII e atuou no século passado: portanto, há apenas dois séculos o direito se tornou direito codificado”. Dentre as codificações que se originaram na passagem do século XVIII para o século XIX, a que mais influenciou o pensamento jurídico contemporâneo foi, sem dúvida alguma, a codificação francesa, ou, noutros termos, o seu próprio produto: o Código de Napoleão. Assim que, durante o período da Revolução Francesa, toma consistência política a pretensão iluminista de construção de um só código, cujas

principais características formais seriam: a simplicidade, a brevidade e a clareza. Já no âmbito formal, deveria contemplar a pretendida harmônica e essencial legislação da natureza, em toda a sua idealizada universalidade. Acreditava-se ainda, por isso, que, conseqüentemente, as lides passariam a se constituir muito mais em questões de fato do que de direito propriamente dito, pois esse seria sempre claro e definitivo. No entanto, à medida que se desenvolve a construção mesma do código, aquele primeiro ideal iluminista vai perdendo corpo para uma visão mais condizente com a tradição jurídica francesa, bastante fundada no Direito Romano comum.

Assim, numa primeira fase desse processo legislativo, ocorrida ela durante o período da Convenção (1792/1795) e do Diretório (1795/1799), o grande nome da tentativa de codificação francesa foi Jean-Jacques Régis de Cambacérès (1753/1824), que chegou a apresentar três diferentes projetos, todos eles de viés nitidamente jusnaturalista. Nenhum destes três projetos, contudo, alcançaram o seu intento final, sendo que foram todos rejeitados pelos legisladores franceses. O primeiro deles, em 1793, inspirado nos princípios da simplicidade, unidade e reaproximação da natureza, buscava dar guarida, especialmente, à igualdade e à liberdade, e não resistiu muito tempo. Sendo reprovado o primeiro, o segundo projeto, de 1794, buscará corrigir as motivações que justificaram a recusa daquele, a saber, ser menos técnico e ainda mais simples, prevendo somente as balizas mestras da legislação francesa. Foi, por isso, chamado por Cambacérès de “Código de Leis Fundamentais”. Não obstante, também não logrou êxito. Seu terceiro e último projeto foi apresentado em 1796, já no período do Diretório. Também não foi aprovado, mas já exerce, diferentemente dos outros, alguma influência no código posteriormente aprovado. Esse projeto é já bastante mais moderado, em virtude da busca pelo apoio dos juristas franceses mais tradicionais, que se opunham ao jusnaturalismo. Assim, é dizer que “Cambacérès realmente se deu conta de que a oposição dos juristas tradicionalistas (que, no clima moderado do Diretório, haviam readquirido voz em assembléia) tornava impossível a realização de um ‘código de natureza’, simples e unitário, tal como ele havia almejado” (BOBBIO, 2006, p. 70). Por fim, foi apresentado ainda um quarto projeto, por Jacqueminot, em 1799, mas que também foi rejeitado. De fato, sequer foi discutido. Por fim, “o projeto definitivo do Código Civil foi obra de uma comissão instalada por Napoleão, primeiro-cônsul, em 1800, e composta por quatro juristas: Tronchet, Maleville, Bigot-Préameneau e Portalis” (BOBBIO, 2006, p. 71). Dentre estes, avulta em importância a participação e o pensamento de Jean Etienne Marie Portalis (1746/1807), que escreveu a obra sugestivamente denominada *Do uso e do abuso do espírito filosófico durante o século XVIII*, onde critica o ideal iluminista e, em especial, o pensamento de Kant. Ademais isso, “[...]”

representa o ponto de passagem da filosofia iluminista da Revolução para aquela (de inspiração espiritualista-romântica) da Restauração [...]” (BOBBIO, 2006, p. 72). O projeto então foi discutido pelo Conselho de Estado e presidido, no mais das vezes, pelo próprio Napoleão, e foi aprovado por completo e publicado em 1804. Instituiu-se, então, o *Code Civil des Français*, cuja segunda edição, de 1807, mudou-lhe o nome para *Code Napoléon*. Sobre o projeto aprovado, o próprio código e as suas implicações, leciona Bobbio (2006, p. 72):

O projeto definitivo abandonou decididamente a concepção jusnaturalista (que mesmo Cambacérès, então membro do Conselho de Estado, não defendia mais). O último resíduo de jusnaturalismo, representado pelo art. 1º do Título I [...] foi eliminado depois de uma tórrida discussão no Conselho de Estado. O Código de Napoleão representa, na realidade, a expressão orgânica e sintética da tradição francesa do direito comum. Em particular, foi elaborado com base no *Tratado de direito civil*, de Pothier, o maior jurista francês do século XVIII. (original grifado)

O que esse artigo 1º citado por Bobbio previa era que “existe um direito universal e imutável, fonte de todas as leis positivas: não é outro senão a razão natural, visto esta governar todos os homens” (BOBBIO, 2006, p. 55). Assim, a sua não aceitação era já um nítido sinal dos novos tempos. O código de Napoleão marca realmente uma nova era no campo do direito, na qual o direito natural não tem mais o seu lugar de antemão garantido. Não obstante, o artigo 4º do Código de Napoleão prevê a vedação do juízo de *non liquet*, o que possibilita uma nova discussão. É que, segundo a letra da lei: “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada” (BOBBIO, 2006, p. 74). Ou seja, o juiz tem que necessariamente decidir, está obrigado a isso, inexistindo qualquer pretexto que justifique a ausência de julgamento. A previsão desse artigo, ora em análise, buscava refrear uma prática bastante comum ao tempo da Revolução, quando os juízes, perante a existência de uma lacuna, simplesmente recusavam-se a julgar, requerendo ao Poder Legislativo o devido complemento da lei. Desde então, a vedação ao juízo de *non liquet* é regra plenamente difundida e passou ao pertencimento de inúmeros códigos nacionais. No Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, por exemplo, tal vedação encontra-se devidamente albergada, por força de seu artigo 126. O citado artigo 4º do código francês fala da impossibilidade de tal recusa no julgamento, seja pela incidência de silêncio, de obscuridade ou de insuficiência de lei. Segundo Bobbio, (2006, p. 74), no caso de obscuridade de lei, “[...] o juiz deve tornar clara, através de interpretação, a disposição legislativa que parece obscura”. Havendo, contudo, a incidência de silêncio de lei ou de insuficiência da mesma, está-se falando, de fato, em lacuna legal. E é esse, inclusive, o termo

já utilizado pelo CPC brasileiro. Havendo lacuna de lei, portanto, o aplicador do direito deverá então supri-la, por meio de um processo denominado de *integração*. A partir de então, instituiu-se grande controvérsia que, em grande parte, prevalece até os dias de hoje.

É que, para alguns, seria possível a resolução do conflito apelando-se para um juízo subjetivo, calcado na equidade e fundado em algo de externo ao ordenamento jurídico, ao direito positivado (*hetero-integração*), tais como o direito natural, a moral e os costumes. Outros, contudo, em contrário, entendem que a integração das eventuais lacunas somente seria possível dentro do próprio ordenamento jurídico onde elas se instituíram (*auto-integração*), por meio da estrita utilização de leis análogas ou dos princípios gerais do próprio ordenamento jurídico. Por fim, existem ainda aqueles que entendem pela total desnecessidade de integração, pois, se o ordenamento não prevê, o direito simplesmente não existe. Assim, para estes últimos, o ordenamento jurídico é completo, basta-se a si só, e o legislador, onipotente. Não obstante, Bobbio (2006, p. 75) destaca, baseado inclusive no próprio discurso de Portalis, proferido quando da apresentação do Código de Napoleão, que a intenção dos redatores deste artigo era justamente a primeira, permissiva da hetero-integração. Não concebiam, pois, que o código pudesse abarcar todas as situações carecedoras de lei. Isso é corroborado também pela leitura do artigo 9º, suprimido do texto final, que, fazendo par com o artigo 4º, dizia como se deveria dar a integração das lacunas, ou seja, por meio de um juízo de equidade, fundado no direito natural e nos costumes. A posição adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, por força da previsão do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, é dúplice, pois fala tanto em auto-integração (analogia) quanto em hetero-integração (costumes). Prevê ainda os princípios gerais do direito como mecanismo de integração de lacunas. Este, um termo equívoco, sendo que bastante se discute sobre o fato de ser um ou outro tipo de integração. Portalis entendia também pela demasiada subjetividade dos juízos de equidade, mas os julgava melhores do que deixar a resolução para as próprias partes em conflito, em todo seu envolvimento e passionalidade. A salvo, porém, nas situações relativas ao direito penal, pela vigência da norma geral exclusiva, segundo a qual, tudo o que não for proibido é permitido, em atenção à estrita legalidade. Por outro lado, a supressão do artigo 9º foi interpretada por outros, com notadas e radicais pretensões positivistas, como vitória dos ideais da onipotência do legislador e da completude do ordenamento jurídico. Sobre esse interpretação irá se estruturar a Escola da Exegese, na França, que, nesse intento, irá buscar sempre no próprio texto da lei, além de na apregoada intenção do legislador, a correta resolução dos conflitos que se apresentem, em total desprezo ao direito precedente e à razão natural. E, para eles, o que não for lei não é direito.

6.7 A Escola da Exegese Francesa e o Pandectismo Alemão

Com o advento da Escola da Exegese francesa, surge então a primeira grande escola juspositivista no curso da história. E isso ocorre já em 1804, com a promulgação do código francês, embora o seu auge será mesmo atingido posteriormente, em especial no período que vai de 1830 até 1880. A partir de então, entrará em um franco e progressivo declínio. Os exegetas franceses utilizavam-se de uma interpretação (exegese) totalmente mecânica e autômata do direito, fundando-se exclusivamente na letra da lei, e de maneira totalmente avalorativa. Sobre isso, Maria Helena Diniz (2006, p. 51) destaca que “tal se deu porque toda época de recente codificação é idólatra da lei, que se apresenta no corpo dos Códigos como algo completo e acabado”. Assim, é de se observar que o momento histórico contribuiu em muito para o seu aparecimento. Já no tocante a essa concepção de definitiva completude do código dos exegetas franceses, tem-se que ela guarda uma estreita relação com a sua inegável tendência à sistematização, herança do pensamento jusnaturalista. Entendiam, portanto, que o código era um sistema perfeito, sem quaisquer lacunas, e que, por meio dele, todos os conflitos poderiam ser solucionados. Por isso Paulo Nader (2007, p. 179/180) destaca que “para a Escola da Exegese o Código representava a única fonte do direito. O jurista deveria pesquisar o direito vigente tão-somente nas regras esculpidas no *codex*, que seria um todo perfeito e sem lacunas”. Assim, sempre a partir da letra da lei e no limites do código, o exegeta, utilizava-se, exclusivamente, do método da subsunção, para efeitos de interpretação ou de aplicação do direito. Segundo esse método, uma conduta qualquer, concretamente realizada, deve-se encaixar em algum tipo legal, genericamente descrito, para que se saiba qual o direito violado ou existente. Trata-se de um método dedutivo e que possui a forma de um silogismo, onde a premissa maior é o texto legal, a premissa menor é o caso concreto e a conclusão é a consequência jurídica. Já Bobbio (2006, p. 83) observa que “a interpretação exegetica, aliás, é sempre o primeiro modo com o qual se inicia a elaboração científica de um direito que tenha sido codificado *ex novo* pelo legislador [...]” (original grifado). E foi justamente isso o que ocorreu na França daquela época. De fato, conforme se pode observar, havia um cenário francamente favorável à instauração da Escola da Exegese na França daquele tempo. Afinal,

não só o código era novo, mas também a própria codificação. Ademais, o código francês, dentre todos os códigos que surgiram na Europa dessa época, como frutos desse intento inicial codificador, foi o mais representativo. Na verdade, foi o código por excelência, desde a sua promulgação e durante todo o século XIX, servindo a uma infinidade de países enquanto modelo, que nele buscaram as bases para os seus próprios ordenamentos jurídicos. Não obstante, também outras causas contribuíram para o aparecimento e consolidação do empirismo exegetico. É preciso, portanto, que se diga algo mais sobre elas.

Segundo Bobbio (2006, p. 78/83), uma dessas causas foi de viés nitidamente pragmático. É que o código proporcionou uma maior imediatidade às resoluções de conflitos, em verdadeiro contributo à paz social. Além do mais, garantindo a previsão, por parte dos cidadãos, sobre qual era a exata legislação vigente e quais seriam as conseqüências jurídicas dos seus atos, proporcionava também um maior controle da atividade jurisdicional, evitando-se as arbitrariedades e garantindo uma maior segurança jurídica. Noutra aspecto, destaca-se também, em contributo à proliferação do exegetismo, a dominante visão hierárquica dos juristas, que viam no legislador uma autoridade indiscutível (onipotência do legislador), aos quais, portanto, os aplicadores do direito deveriam necessariamente recorrer. Além do mais, em respeito à doutrina da separação dos poderes, os juízes colocavam-se numa situação de total impedimento para a criação de direitos, pois, dessa forma, estariam invadindo a competência legislativa, que absolutamente não lhes dizia respeito. Por fim, é de se destacar também um motivo de caráter político, qual seja, a pressão exercida pelo próprio governo de Napoleão para que esse fosse o método adotado nas instituições de ensino jurídico de então. E o método de ensino das leis utilizado por essa escola, no tocante às matérias abordadas, consistia em um comentário sequencial do código, artigo por artigo, em total respeito à distribuição legislativa levada a cabo pelo próprio legislador. Como se vê, esse método de ensino guarda estrita relação com os ideais exegeticos de total prevalência do código e da letra da lei. No fim das contas, o que acaba por ocorrer com o advento da Escola da Exegese é uma nítida sobreposição do direito positivo em relação ao direito natural. Este não é ainda totalmente negado, é verdade, mas passa a ser considerado como totalmente irrelevante, para o direito e para o jurista, enquanto não for devidamente positivado. Isso, inclusive, com a negação de sua aplicação subsidiária, nos termos da discussão do artigo 4º, e em virtude da teoria eminentemente positivista da completude dos códigos. Trata-se de uma decorrência da assunção de novos dogmas, tais como o da exclusiva aplicação e validade do direito estatal, e o da onipotência do legislador, com o devido reconhecimento de sua plena autoridade, e em total respeito ao por eles pronunciado. É

por isso, inclusive, que a intenção do legislador (*mens legislatoris*) passa a ser um dos principais critérios utilizado na interpretação da lei, além do exclusivo apego ao seu texto. Por fim, com relação aos seus expoentes, avultam em importância Durantou, Aubry e Rau, Demolomb e Troplong, todos eles pertencentes ao período de apogeu dessa escola (1830/1880), embora também se possa citar Proudhon, Melville, Blondeau e ainda outros.

Também é de se destacar que, muito embora o exegetismo tenha se originado na França e lá tenha feito escola, muitas de suas características serão também encontradas em outros países, tais como a Alemanha e a Inglaterra desse período. E muito embora, nesses países, não tenha vigorado o exegetismo nos moldes franceses, vigoraram outras vertentes do juspositivismo, com diversos pontos de contato com a doutrina dos exegetas. O evolucionismo jurídico inglês será abordado logo mais adiante, pelas letras dos próximos capítulos. Já com relação à Alemanha, percebe-se que, paralelamente a esse evolucionismo jurídico francês, que acabou por culminar na sua escola exegética, proliferou e vicejou o historicismo jurídico, conforme o anteriormente visto. Contudo, já num segundo momento, ao tempo em que o exegetismo francês já se ia bastante consolidado, o que se viu na Alemanha foi a constituição de uma nova escola interpretativa, e de caracteres muito parecidos com esses da escola francesa. Trata-se da Escola Pandectista Alemã. Dentre os seus principais expoentes, é de se destacar Windscheid, Dernburg, Bekker, Brinz e Glück. Também essa escola efetuou uma interpretação totalmente focada no texto da lei, sistematicamente ordenado, de maneira autômata e avalorativa, por meio do método da subsunção. Não obstante, existe uma diferença essencial entre elas: o próprio texto da lei. É que, conforme se viu, o movimento codificador não logrou êxito, em seu intento final de instituição de um código alemão, uma vez que se pode dizer que Thibaut acabou por sair derrotado da batalha travada com Savigny. Por isso, o Direito Romano continuou ainda sendo aplicado na Alemanha, e com pleno vigor. Assim, os pandectistas, para efeitos do exercício de sua interpretação legislativa, partiram justamente dos textos do Direito Romano, e em especial dos Pandectas (ou Digesto), um dos livros do Código Justiniano, e que lhe serviu inclusive a sua denominação. Não obstante, se o ponto de partida é outro, o caminho é o mesmo e, no mais das vezes, é também coincidente o ponto de chegada. E é assim que Maria Helena Diniz (2006, 54) destaca que os pandectistas desenvolveram “[...] uma atitude rigorosamente exegética em relação aos textos do *Corpus Iuris*, bem semelhante à que os franceses tinham relativamente ao Código Napoleônico” (original grifado). Portanto, muito embora uns partam da lei estatal e outros partam do Direito Romano, ambos “[...] desembocaram, por igual, num sistema rígido de fetichismo pelos textos e de construção

sistemática, apregoando o uso do método dedutivo, exigindo a aplicação das leis de acordo com um processo rigorosamente silogístico” (DINIZ, 2006, 55). Como se vê, a Escola da Exegese francesa e a Escola Pandectista alemã, já se colocam com todas as principais características do juspositivismo, que, assim, por meio delas, já se encontra em pleno estabelecimento e atuação. Não obstante, mesmo que ainda bastante atuante, é somente uma de suas várias correntes.

6.8 O Utilitarismo de Bentham

Por fim, é de se destacar que também na Inglaterra foi vivenciada uma similar evolução do direito, embora também com características específicas. Também ali irá surgir um movimento pela codificação, e em especial por meio da atuação de uma escola filosófica denominada de Utilitarismo Inglês, da qual foram expoentes, dentre outros, Bentham, Stuart Mill e John Austin. Com relação a este último, seu pensamento também costuma ser classificado enquanto Jurisprudência Analítica. Com relação à evolução da ciência jurídica na Inglaterra, e mais especificamente ao pensamento de Bentham, observa Bobbio (2006, p. 91):

Na Inglaterra, pelo contrário, onde já no século XVII existiu o maior teórico da onipotência do legislador (Thomas Hobbes), não houve a codificação, mas foi elaborada a mais ampla teoria da codificação, a de Jeremy Bentham, chamado exatamente de o “Newton da legislação”.

Jeremy Bentham (1748/1832) é o expoente fundador do chamado utilitarismo inglês. Posteriormente, John Stuart Mill (1806/1873) vai lhe suceder o pensamento e, ainda antes deste último, também o seu próprio pai, James Mill (1773/1836). Sobre Bentham, destaca-se que exerceu uma crítica radical do direito natural e do contrato social, que substituiu por uma teoria do utilitarismo, mais adequado ao seu pensamento, eminentemente empirista. Através de sua teoria, utilitarista por excelência, e em nítida tentativa de superação da doutrina jusnaturalista, Bentham entendia estar promovendo a substituição do mundo da ficção pelo mundo dos fatos. Assim, que irá abrir sua *Uma introdução aos princípios de moral e legislação*, de 1789, com a seguinte afirmação: “A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer”. (BENTHAM, 1979, p. 3) (original

grifado). Isso para, logo em sequência, professar a sua tese principal, qual seja, a de que “o *princípio da utilidade* reconhece esta sujeição e a coloca como fundamento desse sistema, cujo objetivo consiste em construir o edifício da felicidade através da razão e da lei” (BENTHAM, 1979, p. 3) (original grifado). Sua teoria utilitária, portanto, encontra-se plenamente calcada na total submissão dos seres humanos ao prazer e à dor, bases determinantes de toda e qualquer conduta humana. Já a felicidade, objetivo de todo o sistema, por outro lado, seria justamente “[...] desfrutar prazeres e estar isento de dores” (BENTHAM, 1979, p. 19). Como se vê, a teoria de Bentham é plenamente calcada na ideia do prazer enquanto finalidade primordial da vida, e a ser garantida pelo direito e pelo Estado. Essa garantia, por sua vez, estabelece-se através do exercício da punição e da recompensa, impingidas ao indivíduo pelo Estado. Visando à fiscalização do cumprimento pelo Estado de tal intento, chega mesmo a estabelecer um método para que se possa medir as quantidades de dor e prazer na sociedade, o que fez com que Del Vecchio (2010, p. 210) sustentasse que, para Bentham, “[...] a moral não é nada além do cálculo dos prazeres”. É no sentido dessa espécie de aritmética moral, que irá sustentar também que o vício é apenas um erro de cálculo na quantidade de prazer necessária à busca da felicidade. Ainda nesse sentido moral, é pelo entendimento de que também a virtude pode ser considerada como uma espécie de egoísmo, já que busca uma satisfação pessoal, assim como se dá com a renúncia de um prazer imediato para usufruto de um maior prazer ao futuro. É que, para ele, a moral é algo que se esgota tão-somente em questões de utilidade, estritamente relacionada à dor e o prazer. “Ora, o prazer é em *si mesmo* um bem – não só isto, mas até o único bem, abstraindo da imunidade da dor; e a dor é em si mesma um mal – não só isto, mas o único mal, sem exceção. De outra forma, as palavras bem e mal não têm nenhum significado” (BENTHAM, 1979, p. 31) (original grifado). Assim, mais do que a busca por uma divisão entre o campo do direito e da moral, Bentham tenta mesmo é um ataque a própria moral, em si, buscando desmitificá-la, dessacralizá-la, ligando-a aos próprios interesses individuais do ser humano.

Destaca, porém, por outro lado, a necessidade da busca pela maior felicidade do maior número de pessoas possível, pois que ninguém deve ser excluído dessa repartição de prazeres e a cada um deve ser ofertado o máximo possível dele. Bobbio (2006, p. 92) enxerga um viés nitidamente iluminista nessa concepção de Bentham, ligando o seu pensamento ao de Beccaria (de resto, influência assumida pelo próprio Bentham). Liga-se, portanto, ao jusnaturalismo pela crença na possibilidade da existência de uma ética eminentemente objetiva. Somente que, para Bentham, ela não se funda numa pretensa natureza humana, de cunho metafísico, mas, sim, na busca utilitária do homem pelo prazer e pela felicidade, em razão de

fatos empiricamente observáveis. Assim, observa-se que ele entende, jusnaturalisticamente, pela possibilidade do estabelecimento de leis universais, breves e claras, e que valham para todos os homens, de maneira totalmente indistinta. Portanto, persiste também aquele mais forte ideal racionalista, calcado na noção de sistema, tão caro aos jusnaturalistas e às ciências matemáticas e da natureza. Não à toa, foi, inclusive, um simpatizante da Revolução Francesa, em sua primeira fase, muito embora tenha sido um crítico mordaz da Declaração Francesa, em virtude de seu conteúdo naturalístico. Recua, contudo, num segundo momento, ao perceber que a revolução não buscava de fato tão somente instituir o sistema constitucional inglês na França, como ele entendeu no início, sendo esse o motivo principal de sua aproximação.

Não obstante, a crença na possibilidade de criação de uma legislação sistemática baseada num padrão de objetividade ética permanece. E justamente por isso, Bentham irá opor-se ao direito eminentemente consuetudinário da *common law*, criticando-o e buscando a sua superação (BOBBIO, 2006, p. 96/100). É que, para ele, o sistema da *common law* não oferecia nenhuma segurança jurídica. Primeiramente, porque o fato de o direito ser a cada instante criado, por meio das decisões jurisprudenciais, faz com que o cidadão não seja capaz de prever, com clareza, quais são as consequências que poderão advir de suas ações. Ademais, os critérios de aplicação utilizados pelos juízes nesse sistema desprestigiam por completo o critério da utilidade. Assim, tais critérios deveriam ser previamente definidos pelo legislador, que, por sua vez, deveriam fazê-lo em total respeito ao critério da utilidade. Por fim, Bentham ressaltava as limitações necessárias ao conhecimento dos juízes, que não podem saber sobre tudo, e a dificuldade de controle da atuação judiciária por parte dos cidadãos. Por isso tudo, pregava a codificação, contrário senso, como o meio mais eficaz à superação de toda essa problemática. Nesse intento, em especial na terceira fase de seu pensamento, “[...] Bentham projeta uma reforma radical do direito, mediante uma codificação completa, que deveria sistematizar toda a matéria jurídica em três partes: direito civil, direito penal e direito constitucional” (BOBBIO, 2006, p. 95). A toda essa completa codificação, dá o nome de *Pandikaion*, primeiramente, alterando-o depois para *Pannomion*. Como cria ser capaz de apreensão e sistematização de uma legislação de cunho universalista, vai oferecer os seus serviços legislativos a diversos Estados, na tentativa de reformar suas legislações. Porém, não alcança sucesso nesse intento. Por fim, destaca-se que Bentham acreditava na plenitude do codificado, que, portanto, não apresentava qualquer lacuna. Para ele, somente as leis valeriam, ficando de fora todo o resto: os usos e costumes, o Direito Romano e o direito natural.

6.9 A Síntese Juspositivista de Austin

Embora, como se viu, Bentham já se tenha aproximado bastante da teoria juspositivista, um passo ainda mais decisivo nesse sentido foi o dado por John Austin (1790/1859), que, segundo Bobbio (2006, p. 47), é “[...] considerado o fundador do positivismo jurídico propriamente dito”. Em vida, Austin publicou uma única obra apenas, a saber, *A determinação do campo da jurisprudência*, em 1832. Esta possuía também, como subtítulo, a expressão *Filosofia do direito positivo*, intitulada à maneira de Hugo e atestando a influência que sofreu, muito embora ela tenha se dado com mais força perante a obra de Savigny. Após a sua morte, contudo, foram publicadas também as suas *Lições de Jurisprudência*, em dois volumes. Segundo Bobbio (2006, p. 101), Austin “[...] representa um pouco o *trait d’union* entre as várias correntes que concorreram para fazer surgir o positivismo jurídico e particularmente entre a escola histórica alemã e o utilitarismo inglês” (original grifado). Dessa forma, é dizer que Austin irá absorver da escola histórica aquela negação do direito natural, enquanto algo juridicamente válido, pois a validade do direito repousa tão somente na sua real existência, tal como se dá nas diversas sociedades. É que ele entende que o Direito não deve ser tomado como algo que se pode decidir aprioristicamente, de maneira racionalista, mas, sim, como algo originário da experiência de sujeitos e objetos de direito. Austin, contudo, era um utilitarista, um empirista, e não coadunava com as demais pretensões historicistas, tais como o enaltecimento do direito consuetudinário, a romântica ideologia do *Volksgeist* e a aversão ao ideal codificador. Pelo contrário, entendia que a lei era “[...] a forma típica do direito e o fundamento último de toda norma jurídica [...]” (BOBBIO, 2006, p. 104). Como se percebe, aqui, com Austin, o pensamento juspositivista já se vai bastante delineado. Por isso é que, em suas *Lições de Jurisprudência*, Austin (1885, p. 86 apud BOBBIO, 2006, p. 106) argumenta que “o objeto da jurisprudência é o direito positivo, ou o chamado simples e estritamente de direito, ou o direito posto pelos superiores políticos aos inferiores políticos”. Como se vê, para Austin, só existe um direito, que é justamente o direito posto pelo Estado.

Assim, Bobbio (2006, p. 108) irá destacar três características bastante presentes no pensamento austiniano e que são também bastante característicos do juspositivismo. Antes, contudo, a título de intróito dessa problemática, é de se destacar que Austin desenvolve um

estudo das leis (*lato sensu*), separando-as em categorias. Primeiramente, divide-as em divinas e humanas. Estas últimas subdividem-se, por sua vez, em moral positiva e direito positivo. E conforme se observa na citação acima, para ele, somente deveria ser considerado pela Ciência do Direito o direito posto, positivado. Nada mais. Por isso é que se diz que a positividade é a primeira dessas três características. As outras duas são também definidoras do que vem a ser propriamente esse direito positivo. É que, para que seja considerado direito positivo, esse mesmo direito deve ser posto pelo Estado, e, além disso, essa norma posta pelo Estado deve possuir uma característica essencial de comando. Daí as outras duas características: a estatalidade e a imperatividade. Dentro dessa concepção de direito estatal, Austin vai diferenciar ainda o direito imediatamente posto (pelo soberano, ou seja, o responsável, ou os responsáveis, pela feitura das leis), do direito mediamente posto (pelo poder judiciário, base do *common law*). Por outro lado, irá também dividir o direito, tendo como critério o modo de produção legislativa. Assim, o direito legislativo é aquele constituído de normas gerais e abstratas. Já o direito judiciário é sempre referente a casos concretos, constituindo-se em normas particulares. Os órgãos acima citados, contudo, podem produzir tanto um quanto o outro direito, embora existam prevalências. O fato é que Austin faz essa divisão é mesmo para enaltecer o direito legislativo, pregando a sua superioridade. Embora também critique o direito judiciário, assim como fez Bentham, opõe-se a este no tocante à sua crítica de que não seria possível o controle popular da produção judiciária e a de que o juiz agiria livremente na criação do direito. Esses argumentos não estão corretos para Austin, pois era do entendimento de que os juízes poderiam ser controlados, se fossem democraticamente eleitos, e também que eles estão necessariamente sujeitos, quando de seus julgamentos, ao sistema dos precedentes. Não agem livremente, portanto, em plena criação do direito, como alegava Bentham.

E basicamente, o que a sua crítica ao direito judiciário vai destacar é que este não é um direito de fato confiável. Para Austin (1885, vol. II, p. 1023/1024 apud BOBBIO, 2006, p. 117), “é melhor ter um direito expresso em termos gerais, sistemático, conciso (*compact*) e acessível a todos, do que um direito disperso, sepultado num amontoado de detalhes, imenso (*bulky*) e inacessível” (original grifado). Nesse sentido, Bobbio (2006, p. 110/112) destaca sete características principais do direito judiciário, deduzidas das críticas levadas a termo por Austin: 1) sua maior inacessibilidade; 2) a menor ponderação na sua feitura, devido à pressão da criação cotidiana; 3) a retroatividade da decisão (endossando igual crítica de Bentham), já que a lei estaria sendo criada após a ocorrência do caso julgado; 4) vagueza e incoerência, pois a quantidade enorme de decisão impede a definição de regra a ser seguida; 5) dificuldade de

transposição de algo concretamente decidido a outras situações; 6) a necessidade de complementação legislativa, pois que o direito judiciário não se basta, confundindo todo o direito em demasia; 7) e, por fim, a dificuldade de se definir quais serão as normas válidas. Sobre este último, Austin entende que são critérios para tal definição: o número de decisões (são válidas as mais recorrentes), a satisfatoriedade da decisão (equitativa e tecnicamente), sua coerência sistemática e a autoridade do juiz que a prolatou. Em resumo, entendia pela completa incoerência e obscuridade do direito judiciário, em total contraposição ao ideal de clareza codicista. Austin (1885, vol. II, p. 660 apud BOBBIO, 2006, p. 112) argumenta de maneira sintética, o acima colocado contra o direito judiciário, da seguinte forma:

Em todo país em que grande parte do direito consiste em direito judiciário, todo o sistema jurídico, ou o *corpus juris* inteiro, é necessariamente um caos monstruoso: em grande parte consiste de direito jurídico, introduzido pouco a pouco e disperso numa enorme quantidade de decisões jurídicas particulares, e em parte de direito legislativo acrescido à guisa de remendo ao direito judiciário e disperso num enorme amontoado de leis ocasionais e suplementares. (original grifado)

Assim, é por isso tudo que Austin irá defender a codificação. Nesse intento, buscará sustentar a sua argumentação da superioridade do código, também por meio do estabelecimento de um paralelo entre o nível civilizatório de uma sociedade e o direito que ela se utiliza. Alega, pois, que, historicamente, o homem primeiramente iniciou o regramento social por meio do uso da moral, depois, no mesmo intento, passou ao uso dos costumes, para, somente depois, fazer uso das leis e dos códigos. Estes últimos, portanto, seriam para ele nada menos do que o auge do direito. No combate às críticas feitas à codificação, começará pela tentativa de superação das críticas feitas por Savigny, oferecendo, nesse ponto, perfeito atestado de sua influência de pensamento. Para tanto, afirmará que o jusfilósofo alemão não se opunha de fato à codificação em si, mas, sim, tão somente, à sua implantação na Alemanha da época. No mais, argumento também utilizado pelo próprio Savigny, muito embora bastante questionável, conforme já tratado. Austin particulariza então a sua crítica, no sentido de questionar as codificações de então, em particular a feitura do Código de Napoleão, sobre o qual entendia serem faltantes as definições de termos jurídicos e técnicos e das disposições do Direito Romano. Além do que, alegava que o legislador francês não entendia o código como algo completo, conforme se viu acerca da previsão do artigo 4º (assunção da existência de lacunas) e do extinto artigo 9º (modos de supressão de lacunas) deste mesmo código. Isso ocorre porque o redigiu de maneira muito apressada, incorporando, dessa forma, um defeito

típico do direito judiciário. Portanto, pretendia que Savigny não se oporia ao código da maneira como ele próprio, Austin, prescrevia. Entende ele, basicamente, que o código deve estar a meio caminho do ideal iluminista e do ideal historicista. Por um lado, deve ser um código sistematicamente organizado, e não uma mera consolidação das leis existentes. Por outro, não deve ser um direito criado, inventado, mas aquele vigente, consolidado e chancelado pela própria história de um povo. Bobbio (2006, p. 114) resume no seguinte: “A codificação deve, portanto, limitar-se a dar uma roupa nova – unitária, coerente, tecnicamente perfeita – ao mesmo direito que já vige”. Estes os requisitos básicos, que devem estar presentes em qualquer código, para que se surta os efeitos desejados. Não obstante, é de se constatar que também estes foram o caminho que acabou por tomar o próprio Código de Napoleão, no curso de sua aprovação, conforme o visto. Só é que o Direito Romano não foi diretamente privilegiado, mas, sim, indiretamente, por força da inserção da tradição jurídica francesa, por ele influenciado. Com relação à pressa da feitura, sua crítica parece acertada, embora seja difícil precisar se os legisladores franceses realmente não se deram conta da discrepância entre a presença do artigo 4º e a ausência do artigo 9º, por motivos de apressamento; ou se, por outro lado, não souberam a contento resolver a situação, dada a novidade da problemática e o nível passional da contenda.

Noutro aspecto, Austin tentará também refutar as críticas feitas ao intento codificador em geral, em especial por meio de fragmentos, que foram compilados e publicados ao depois sob o nome de *Notas sobre a codificação*. Destas notas, Bobbio (2006, p. 115/116) destaca cinco, tidas por ele como as mais importantes, dentre as quatorze renunciadas por Austin. São elas: 1) a necessária lacunosidade do código, que comprometeria a sua apregoada completude, é ainda melhor do que a imensa e bem maior lacunosidade do próprio direito judiciário; 2) um número elevado de leis, minuciosamente descritas realmente comprometeria a comunicabilidade de um código, porém, isso não é necessário, pois a sua completude decorre de poucas leis, porém, dotadas de generalidade e abstração; 3) o código não engessaria o direito (como queria Savigny) mais do que o faz o direito judiciário, já que este, baseado na analogia dos precedentes, perpetua as regras da maneira ainda mais drástica; 4) o direito codificado é, sim, menos maleável aos casos concretos, mas isso é bom, pois garante a segurança jurídica; 5) por fim, a ambigüidade do direito codificado não propicia maiores equívocos, pelo contrário, os elimina, uma vez que elimina as imprecisões interpretativas. Nestes aspectos ressaltados, coloca-se em exata contrariedade e oposição ao pensamento de Savigny, pois entendia que era o direito judiciário que paralisaria o direito, e não o direito codificado.

6.10 O Nascimento do Juspositivismo

Assim, por todo o analisado, é de se dizer que o século XIX foi realmente o século de nascimento do juspositivismo e também o do seu pleno estabelecimento. Mais especificamente, é dizer que “[...] 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 representado pela codificação” (BOBBIO, 2006, p. 119). Sua principal característica: a total prevalência da lei, com âmbito de generalidade e abstração, posta pelo Estado, enquanto fonte primordial (e praticamente exclusiva) do direito. Também que, para o juspositivista em geral, essa legislação a ser seguida está sempre especificamente vinculada no tempo e no espaço. Segundo a preleção de Maria Helena Diniz (2006, p. 102), o juspositivismo somente reconhece o direito posto por determinado Estado à determinada sociedade, “[...] limitando assim o conhecimento científico-jurídico ao estudo das legislações positivas, consideradas como fenômenos espaço-temporais”. Isso tudo fica bastante patente na Escola da Exegese francesa e, é possível até mesmo dizer, que essa grande virada se dá justamente na feitura mesma do Código de Napoleão, conforme já se observou. Simbólicas, nesse sentido, são as supressões do artigo 1º e do artigo 9º deste código. Este, porque atestava a existência das lacunas legais, embora, como se viu, tal supressão não se tenha pacificamente consubstanciado em prova de tal inexistência. Aquele, e isso sem sombras de dúvidas, porque veiculava o último grande e claro resquício da doutrina jusnaturalista no código, por meio de sua enaltecida previsão do direito natural e da razão natural. Assim, o século XVIII já se inicia eminentemente positivista, na França, apesar da insistente resistência de alguns fundamentos jusnaturalistas. Esses últimos resquícios, por outro lado, também se vão aos poucos dissolvendo, por meio da atuação estritamente legalista dos exegetas franceses, muito embora não se pode a contento anunciar a sua extinção.

Também que, mesmo na Alemanha, onde se pode argumentar que, pela atuação e precedência da Escola Histórica, prevaleceu o direito costumeiro, o ideal positivista se faz presente, por dois motivos. Primeiro porque, muito embora a codificação não tenha sido levada a termo, havia um movimento nesse sentido, do qual, conforme visto, Thibaut era o principal defensor. Depois porque, segundo se depreende das alegações de Savigny, conforme

observado, é possível argumentar que “[...] mesmo a escola histórica, embora se opondo à codificação, compartilhava das mesmas exigências que estavam na base do movimento pela legislação, a exigência, a saber, de dar a uma determinada sociedade um direito unitário e sistemático” (BOBBIO, 2006, p. 121). Somente que acreditavam que isso não se daria, em sua melhor forma, por meio da instituição de um código, abruptamente instituído; mas, sim, por meio do estímulo ao direito científico e paulatina atuação dos cientistas do direito. Não à toa, acabou desembocando na sistematização legalista e avaliativa levada a termo, já no momento seguinte, pela Escola do Pandectismo. Por fim, mesmo na Inglaterra, país do direito consuetudinário por excelência, vê-se a plenitude do ideário código-legalista, juspositivista por excelência, nos pensamentos de Bentham e Austin. Segundo Bobbio (2006, p. 120), “não é por acaso que o século XIX foi chamado de o século benthamiano, já que viu afirmar-se na Inglaterra a prevalência do direito legislativo sobre a *common law* paralelamente à consolidação do Estado parlamentar” (original grifado). Ademais, e também não por acaso, foi justamente ali onde se deu a plena fundação do juspositivismo em sentido estrito, mormente pelo pensamento de Austin, conforme visto. A partir de então, o jusnaturalismo perde bastante espaço e somente tentará uma reafirmação de si próprio, em franco proveito do esgotamento daqueles primeiros e mais radicais posicionamentos juspositivistas, já no fim do século XIX.

6.11 O Positivismo Filosófico de Comte, sua Sociologia e o Positivismo Jurídico

Conforme já observado, embora somente de maneira superficial, o positivismo filosófico não se confunde com o positivismo jurídico. O positivismo, no âmbito da Filosofia, tem como principal meta “[...] substituir o apriorismo pela experiência e a metafísica pelas ciências particulares” (NADER, 2007, p. 173). Suas origens remetem ao pensamento empírico e indutivista de Bacon, refletindo também ainda no pensamento de Hobbes e de Maquiavel. É nada mais que o predomínio das ciências positivas no âmbito da Filosofia. Nesse sentido, coloca-se justamente a Filosofia Positiva de Auguste Comte (1789/1857), seu maior expoente. Mas mais do que isso, Comte buscou também a fundação de uma ciência social, instituída nos moldes das ciências positivas, a qual chamará, justamente por isso, de Física Social. Num segundo momento, Comte chamou-a de Sociologia. Diz o filósofo (COMTE, 1989, p. 53):

Entendo por *Física Social* a ciência que tem por objeto próprio o estudo dos fenômenos sociais, considerados com o mesmo espírito que os fenômenos astronômicos, físicos, químicos e fisiológicos, isto é, como submetidos a leis naturais invariáveis, cuja descoberta é o objetivo especial de suas pesquisas. (original grifado)

A sua Física Social, portanto, pertence a uma doutrina maior e mais abrangente, a que Comte chamou justamente de Positivismo, já que era uma doutrina “[...] fundada na extrema valorização do método científico das ciências positivas (baseadas nos fatos e na experiência) e na recusa das discussões metafísicas” (COTRIM, 2006, p. 178). Nesse sentido, entendia Comte pela urgente “[...] necessidade de substituir nossa educação européia, ainda essencialmente teológica, metafísica e literária, por uma educação *positiva*, conforme ao espírito de nossa época e adaptada às necessidades da civilização moderna” (COMTE, 1978, p. 15) (original grifado). Em especial, isso se dava para ele no âmbito das “[...] teorias morais e sociais, largadas então a um isolamento irracional, sob a estéril dominação do espírito teológico-metafísico” (COMTE, 1978, p. 65). A oposição em relação à teologia e à metafísica justifica-se em Comte, inclusive, por um pensamento, a que ele chama de uma grande lei fundamental, a saber, a lei dos três estados. Segundo essa lei comteana, todas as concepções e conhecimentos humanos passam necessariamente por três períodos históricos sucessivos: o teológico (chamado por ele também de fictício), o metafísico (chamado também de abstrato) e o positivo (ou simplesmente científico). Assim, para ele, também as ciências sociais possuíam as suas leis naturais, que necessitavam ser captadas pela observação e devidamente sistematizadas. Chega a afirmar, inclusive, em seu *Curso de Filosofia Positiva*, de 1830/1842, sua principal obra, que a fundação da Física Social era justamente “[...] o primeiro objetivo deste curso, sua meta especial” (COMTE, 1978, p. 9). Era, pois, o seu intento principal.

O pensamento de Comte, não obstante, coloca-se de fato muito mais numa tentativa de reestruturação intelectual do que propriamente numa tentativa de reforma das instituições sociais mesmas. Em contrário, isto é o que ocorrerá no pensamento dos socialistas franceses Saint-Simon (1760/1825), François Marie Charles Fourier (1772/1837) e Pierre-Joseph Proudhon (1809/1865), sobre os quais, Del Vecchio (2010, p. 199) destaca que “[...] mais que filósofos, foram publicistas e reformadores políticos, e raramente se elevaram a concepções puramente especulativas em torno do direito”. Contudo, é de se destacar, em todo o anteriormente dito sobre Comte, que ele também foi deveras influenciado pelo pensamento de Saint-Simon, cujo trabalho filosófico secretariou e assessorou durante um período de sete anos.

De maneira ainda mais fundamental, sofre grande influência também daquele empirismo de Bacon, frequentemente citado em suas obras, embora também lhe busque a superação. Por outro lado, influenciará uma infinidade de pensadores que lhe sucederão o pensamento. Dessa forma ocorreu, por exemplo, com Émile Durkheim (1858/1917), que, “[...] continuando a obra de Comte, pretendeu também substituir a filosofia moral ou direito natural, considerado apriorístico e anti-histórico, pela ciência positiva da origem e evolução dos costumes sociais, criando, dessa maneira, um conflito entre moral e sociologia” (DINIZ, 2006, p. 103). Outra característica essencial do positivismo comteano é a crença no progresso, industrial e capitalista, em especial por meio de uma busca incessante do desenvolvimento técnico e científico. Cotrim (2006, p. 178) observa nesse sentido, e em complemento, que “[...] o positivismo reflete, no plano filosófico, o entusiasmo burguês pelo progresso capitalista e pelo desenvolvimento técnico-industrial”. Emblemático nesse sentido é o lema que incita à ordem e ao progresso, de caráter eminentemente positivista, e nítida influência comteana, e que se encontra estampado em vivas cores na bandeira de nosso próprio país. Já Ferraz Júnior (1980, p. 31) prefere destacar que Comte, influenciado pela biologia fixista, em especial a de Cuvier, entende “[...] que, numa ordem qualquer de fenômenos, a ação humana é sempre bastante limitada, isto é, a intensidade dos fenômenos pode ser perturbada, mas nunca a sua natureza”.

No âmbito do direito, o juspositivismo, nascido e estabelecido no decorrer do século XIX, possui estreita ligação, embora não se possa falar em plena identificação, com a ciência social propugnada por Comte. Vários foram os autores influenciados por esse positivismo sociológico de Comte (ou, talvez melhor dizendo, sociologia positivista), que se assomou ao positivismo de cunho jurídico, tornando-se, nessa corrente de pensadores, uma sua forte característica. É que, conforme observa Paulo Nader (2007, p. 193), “o positivismo jurídico constitui um grande polo doutrinário na área da Filosofia do Direito, que reúne diversas correntes que se unem por alguns pontos em comum e se diversificam em outros”. Assim, é de se falar em um juspositivismo de cunho sociologista, que, sem abrir mão da prevalência da lei estatal em sua avalorativa concepção acerca do direito, destacará também a imensa importância do mundo dos fatos, da sociologia e das ciências da natureza para o mundo jurídico. Dentro dessa corrente, também várias se instituíram, sendo umas mais ligadas à Comte e outras menos. Daí Maria Helena Diniz (2006, p. 114) denominar o positivismo sociológico também, alternativamente, de “sociologismo eclético”. Ainda a referida autora, com relação àqueles que sofreram influência mais direta do pensamento de Auguste Comte, propugna que “ao sociologismo francês comteano e durkheimiano juntam-se, dentre outros, Georges Davy, Léon

Duguit, Maurice Hauriou, Georges Gurvitch e François Geny” (DINIZ, 2006, p.104). Destes, avulta a obra de Léon Duguit (1859/1928), que, à maneira de Comte, pregava a observação dos fatos como o método por excelência das ciências. Assim que, para ele, também as ciências sociais deveriam seguir essa regra e, dentro delas, também o direito. De Durkheim, herda a noção de solidariedade social, com fulcro na divisão do trabalho. Noção essa que irá, inclusive, propiciar à sua doutrina a alcunha de Solidarismo Jurídico. Paulo Nader (2007, p. 186) destaca sobre isso que Bodenheimer chega inclusive a classificar Duguit como jusnaturalista, por fundar o direito no conceito de solidariedade, embora esse não seja o seu próprio pensamento (de Nader). Para Duguit, haviam três tipos de normas sociais: as econômicas, as morais e as jurídicas. Entendia que as duas primeiras somente se transformariam na terceira quando “[...] exigidas pelos valores em apreço na consciência coletiva, que são os sentimentos coletivos de *solidariedade* social, fundada na divisão do trabalho, e de *justiça* ou autonomia recíproca das vontades individuais, das quais nenhuma é considerada superior às outras” (DINIZ, 2006, p. 104/105) (original grifado). Assim, o direito objetivo de Duguit emana da própria coletividade. Consequentemente, não há que se falar na existência de direito público subjetivo, mas, somente em obrigações, já que as pessoas não podem impor suas vontades às demais. Da mesma forma, a soberania do Estado é uma ficção, já que este somente se justifica pela conformidade ao direito objetivo, e não por um pretense poder mandamental.

Duguit, conforme já se observou não foi o único a se abeberar do positivismo sociológico de Comte. Nesse sentido, é importante também destacar, em especial na esfera do Direito Penal (mais especificamente, na Criminologia), a atuação dos penalistas italianos Cesare Lombroso (1835/1909), Enrico Ferri (1856/1929) e Rafael Garofalo (1851/1934), ou seja, os representantes do Positivismo Criminológico. Essa escola fez oposição à Escola Clássica do Direito Penal, cujo expoente máximo foi Cesare Beccaria (1738/1794), que, por meio de seu célebre *Dos delitos e das penas*, de 1764, apresentou uma doutrina penalista conforme os moldes do iluminismo. Também os citados criminalistas formam uma espécie de positivismo sociológico, nos moldes de Comte, já que para “a escola positiva do direito penal [...] o crime passou a ser realidade fenomênica, fato humano e social, condicionado por fatores antropológicos, físicos e sociais. O delinqüente era estudado como um fenômeno natural e social” (DINIZ, 2006, p. 111). É de se destacar ainda a influência sofrida por esses pensadores, em relação aos biólogos evolucionistas e deterministas, mormente em Darwin e Spencer. Charles Darwin (1809/1882), por meio do seu *Sobre a origem das espécies mediante a seleção natural*, de 1859, firmou a teoria da evolução das espécies, que propugnou, dentre outras coisas,

o parentesco entre o homem e o macaco, em mais uma nítida afirmação antropocêntrica. Já Herbert Spencer (1820/1903), elaborou todo um sistema filosófico calcado na aplicação das descobertas darwinianas, relativas ao mundo natural, no âmbito das relações sociais humanas. Por fim, destaca-se também que, no Brasil, também bastante forte foi a influência desse positivismo jurídico calcado no ideal da física social de Comte, com total prevalência da observação dos fatos e do método indutivo no âmbito do direito. Isso é observável no pensamento de diversos juristas, dentre os quais, Maria Helena Diniz (2006, p. 108) destaca Pontes de Miranda, Djacir Menezes, Virgílio de Lemos, Nestor Duarte e ainda outros. Feitas, pois, essas últimas diferenciações e semelhanças entre o juspositivismo e o positivismo sociológico, bem como o destaque de seus pontos de ligação e as suas independências, é forçoso que se faça algumas últimas observações acerca do juspositivismo.

6.12 Ainda o Juspositivismo

Assim, em intento de finalização dessa parte histórica do presente estudo, destaca-se que, à medida que se vai findando o século XIX, já em prenúncio da chegada do século XX, todo esse positivismo até agora propalado começa também a receber as suas primeiras críticas. Continua ele a viver, é verdade, e é de se dizer que isso ocorre até os dias de hoje. No entanto, não é mais aquele mesmo juspositivismo de outrora. É que também é possível perceber que ele se vai modificando, readeguando-se, na mesma medida em que vão sendo absorvidas essas mesmas críticas. Da mesma forma, também o jusnaturalismo possui vida longa e ainda se protraí no tempo. Mas, se também o jusnaturalismo teve o seu momento de total descrédito, para depois ressurgir de maneira diferente (se é que alguma vez ele realmente se foi), também o juspositivismo passou por esse momento de total descrença. Claro que se está aqui a falar daquele juspositivismo nascente. Aquele referido no curso dessa rápida preleção histórica. Isso porque as suas características essenciais continuam ainda em pleno vigor e, é mesmo de se dizer, em início ainda de jornada. Pode-se mesmo dizer que o juspositivismo é de fato muito mais um bebê jurídico do que o velho encarquilhado, com o qual muitas vezes se quer fazer com que ele pareça. A sua história é bastante curta, e remete ao ainda bastante recente período das codificações. É que, conforme já se afirmou outrora, numa sociedade de

buscas eminentemente imediatistas, tudo passa inevitavelmente a adquirir uma característica de descartabilidade. Ao longo de poucos e curtos anos, pois, tudo já se assemelha muito velho. Não é o que se dá, contudo, com o juspositivismo que deve ter ainda um longo percurso de vida pela frente. Não obstante, aquele primeiro momento juspositivista, talvez por força demasiada em sua crença, ou talvez por necessidade imperiosa de superação de velhos dogmas (afinal, os resquícios medievais ainda se presentificavam), realmente acabou por engendrar em notáveis excessos. Talvez, até mesmo, em inevitáveis excessos. Assim que, passado aquele primeiro momento de euforia, tanto aquele positivismo jurídico mais atrelado à dura interpretação dos exegetas, quanto aquele atrelado ao determinista mundo factual sociologista, começam a sofrer profundas críticas. Nesse sentido, vários pensadores vão tentar a superação de suas limitações de pensamento, originárias estas, todavia, mormente de sua inevitável inserção histórica. Tais novidades críticas, porém, dificilmente abdicarão dos basilares princípios da também ainda tão nova doutrina juspositivista. É que, hodiernamente, é praticamente impossível se pensar em um mundo sem leis ou sem Estado. Isso parece mesmo ser algo imprescindível. Se não, ao menos é de se parecer que não se quer realmente disso prescindir. Não obstante, notórias também são as diversas mazelas das quais padece tanto o Estado quanto o direito e, por isso, não cessam os questionamentos sobre o assunto. Assim, várias foram as correntes que se instituíram, após o advento e pleno estabelecimento do positivismo. Todas elas, contudo, conforme o já visto e repisado, ligadas pela característica de total prevalência do direito estatal. Dentre estes, vários podem ser citados, mesmo que somente de passagem. Contudo, isso não será feito para que não se incorra em deméritos e para que não haja um tratamento apenas superficial sobre o assunto. Ademais, as doutrinas contemporâneas encontram-se ainda em pleno desenvolvimento. Alguns deles, porém, serão eventualmente utilizados na parte que se segue deste trabalho (crítica e conclusão), mormente com o intuito reverberatório do ali propugnado. Ademais, este breve estudo (que já se alonga por demais) precisa ter um fim. E essa finitude, não à toa, possui estreita afinidade com um outro fim, a saber, a finalidade a que se propôs. Assim, é de se destacar que o intuito principal da parte histórica deste estudo já foi plenamente atingindo. É que já se vão suficientemente delineados os principais contornos das doutrinas do jusnaturalismo e do juspositivismo, captados e desenvolvidos que foram por meio deste engenho de análise histórica. Logo, já se possui o instrumental necessário à composição dos derradeiros capítulos desta pesquisa. Portanto, é justamente disso que agora se cuida.

7 PROPOSIÇÕES CRÍTICAS

Agora, portanto, findado o trabalho de busca histórica a que se propôs, é chegado o tempo de serem retomadas, para efeitos críticos, aquelas primeiras conceituações acerca do jusnaturalismo e do juspositivismo, levadas a termo no segundo capítulo deste estudo. E, num primeiro momento, retoma-se aquela aparentemente insolúvel contradição entre elas, nos moldes da equação posta por Roberto Lyra Filho (2006, p. 28/29), qual seja: a existente entre justiça (jusnaturalismo) e ordem (juspositivismo). É que, segundo essa proposição de Lyra, para o jusnaturalista, o que é justo é também já ordenado (*iustum quia iussum*), já que a justiça antecede o direito positivo. Este, portanto, deve adequar-se àquele outro direito (o natural), previamente existente e já naturalmente ordenado. Nesse sentido, a ordem seria algo decorrente da própria natureza das coisas, a qual o homem somente deveria descobrir e sistematizar. Vale dizer, a justiça é a própria ordem. Já para o juspositivista, o que é ordenado é que é justo (*iussum quia iustum*), uma vez que isso foi definido pelos homens como tal, segundo as regras também por ele elaboradas. Para estes, não existe um direito natural e pré-existente ou, ao menos, não se pode chegar a um consenso sobre quais eles sejam, engendrando em indesejável desordem jurídica e social. Nesse sentido, a justiça seria feita simplesmente pelo fato de os homens seguirem o que foi por eles ordenado. Vale dizer, a ordem é que é a própria justiça. E, não obstante o tanto de verdade que as duas proposições em certo sentido encerram, também ambas se revelam insuficientes ao tratamento da questão acerca dos fundamentos do direito. Primeiramente, deve-se destacar que ordem e justiça são critérios completamente distintos. É tarefa inglória e estéril a tentativa de igualá-los. Simplesmente, não existe uma justiça ordenada por natureza, assim como não existe uma ordem que se justifica tão somente pela força de uma imposição legislativa. Essa temática será logo mais adiante desenvolvida, quando se tratar dessas duas doutrinas, separadamente. Não obstante, por outro lado, trata-se de conceitos totalmente imbricados, indissociáveis até, e que devem ser trabalhados sempre de maneira conjunta. Assim, é de se dizer que cabe ao direito a salvaguarda tanto da ordem quanto da justiça, mesmo que uma coisa não se confunda com a outra. Nesse sentido, embora pelo uso de outros termos, a preleção de Ronald Dworkin (1999, p 136):

Portanto, uma teoria política do direito completa inclui pelo menos duas partes principais: reporta-se tanto aos *fundamentos* do direito – circunstâncias nas quais

proposições jurídicas específicas devem ser aceitas como bem fundadas ou verdadeiras – quanto à *força* do direito – o relativo poder que tem toda e qualquer verdadeira proposição jurídica de justificar a coerção em vários tipos de circunstâncias excepcionais. Essas duas partes devem se apoiar mutuamente. (original grifado)

Assim, a ordem e a justiça devem, necessariamente, trabalhar sempre em conjunto. Assim, é dizer: A ordem deve ser justa e a justiça deve ser ordenada. Deve-se ressaltar, contudo, que a justiça da qual se fala aqui não é aquela propalada pelos jusnaturalistas, que se quer oriunda da própria natureza das coisas (seja ela ou não a obra prima de um seu Criador) e captável pela sua observação ou pelo mero exercício da razão. A justiça é algo que se estabelece no curso da história, no tempo e no espaço, por meio das próprias escolhas dos seres humanos, em que pese a possibilidade de crítica aos métodos como isso oficialmente se estabelece. Tem, portanto, também um nítido viés utilitário e de criação teleológica, e não existência por si só. Tampouco a ordem que se quer garantir é aquela que está escrita numa folha de papel, oficialmente válida, e que, somente por isso, possui plena força de lei. É que esse texto de lei é mera representação de algo e não a coisa em si. Nesse sentido, pode-se consubstanciar em veículo de toda sorte de arbitrariedades, privilégios e manutenção do estado atual de coisas (não raro, indesejável), em total contrariedade aos fins sociais a que se deve propor. A ordenação que se busca, portanto, é eminentemente social. Afinal, o povo, parte indissociável do próprio Estado (que não se confunde, portanto, com os seus governantes), é que é o verdadeiro soberano do poder estatal. Assim, o direito estatal é antes um direito popular. Ademais, e por fim, quando se diz que se tratam de conceitos totalmente relacionados (justiça e ordem), quer-se dizer que um busca justamente garantir o outro, reciprocamente. É que a finalidade da justiça social é justamente a de garantir a sua pacificação, ou seja, a ordem social. Esta, por sua vez, é estabelecida, também justamente, para que se faça justiça social, em busca dos fins a que se propõe essa mesma sociedade. Um não vive sem o outro. Assim, um direito que se quer socialmente justo não pode deixar de levar em consideração a ordem social a que visa. Da mesma forma, um direito que busque ordenar uma sociedade não pode deixar de levar em consideração a justiça social a que visa. Ambos os direitos, dessa forma instituídos, seriam necessariamente injustos e desordenados, a um só tempo. Daí, inclusive, a constatação de que se trata de uma falsa polarização entre eles, que somente se institui por causa da visão parcial que se tem sobre cada um dos aspectos de um mesmo objeto, o próprio direito. Nesse sentido, um direito que se quer justo por natureza, sem qualquer preocupação com a ordenação social, estimulará o seu contrário eminentemente ordenador. Por sua vez, um direito que se quer

ordenado pela mera positivação, sem qualquer preocupação com a justiça social, estimulará, também necessariamente, o seu oposto, substancialmente justificador. E isso engendraria em um eterno e bastante incômodo ciclo vicioso. Por isso, é preciso dar um novo tratamento a esses conceitos, mais adequado aos dias de hoje, considerando-se o direito em sua totalidade. Antes, contudo, é preciso desconstruir esses conceitos mais estritos de justiça natural, efetuado pelos jusnaturalistas, e de ordem positiva, pelos juspositivistas. E é disso que agora se trata.

7.1 Crítica ao Jusnaturalismo

Conforme se viu nos rumos dessa preleção histórica, várias foram as críticas levantadas em desfavor das teorias de contrato social e da doutrina jusnaturalista, com suas diversas concepções de direito natural, no mais, bastante semelhantes entre si. O seu descrédito começa a ocorrer já na Revolução Francesa, mormente com a instituição do historicismo, em suas variadas vertentes (política, filosófica e jurídica). Somente se dará por completo, contudo, com o pleno estabelecimento do juspositivismo, que vai, no mais das vezes, pura e simplesmente, negar-lhe a própria existência. Viu-se também que todas as doutrinas de direito natural foram plenamente calcadas em três ideias basilares: Deus, natureza e razão, tomados como seus fundamentos. Embora às vezes seja destacado um ou outro aspecto, em detrimento de também um ou outro, nunca, em nenhum momento, porém, qualquer um deles foi totalmente colocado de lado. No início mesmo da civilização pode-se dizer até mesmo que eram somente uma e a mesma coisa, totalmente fusionados que estavam esses três aspectos. Observou-se também que o argumento divino foi privilegiado durante toda a Idade Média, em especial por meio da doutrina de Santo Tomás de Aquino, deixando os indivíduos totalmente à mercê da sagrada interpretação dos teólogos acerca do direito, da vida e de tudo o mais. Vai, contudo, perdendo sua influência, a cada momento que passa, chegando a ser já bem fraca nas teorias iluministas, pré-contemporâneas, em especial no pensamento de Rousseau. Durante os demais períodos, contudo, mesmo que muitas vezes de maneira acessória, o argumento divino continua sempre presente, embasando as mais diversas teorias jusnaturalistas. Por isso, é de se iniciar essas observações críticas ao jusnaturalismo justamente por aqui. Afirma-se, assim, de pronto, que Deus não é algo que se possa afigurar enquanto real fundamento do direito. Primeiramente,

porque sequer é certa a sua própria existência, não sendo poucos os pensadores que se colocam em sentido totalmente contrário a ela. Segundo, porque, mesmo que se parta do pressuposto de que Ele existe, não é possível saber ao certo o que ele estaria a pretender da humanidade, ou seja, quais seriam propriamente os seus desígnios. Isso porque cada um crê em um determinado Deus, ou seja, diversos são os modos de crença, que se afiguram em uma enormidade de religiões, cada qual pregando às suas próprias maneiras. Ademais, mesmo numa mesma religião, variam ainda as correntes e também os modos dos próprios indivíduos, o que contribui ainda mais para tal incerteza. Terceiro, que, mesmo que houvesse plena unidade nesse todo alegado, continuariam ainda os indivíduos totalmente submetidos à interpretação dos desígnios divinos feitas por seus representantes, tal como se deu no direito primitivo, com os seus pontífices jurisconsultos, e no direito medieval, com a interpretação dos teólogos. A esses, sempre seria dado o “direito”, em sua última tentativa de justificação de seu posicionamento, de alegar simplesmente que as coisas são assim por que Deus quis, seja lá quem for Ele e seja lá quais fossem os seus motivos, findando-se assim qualquer possibilidade de aprofundamento da discussão e de reflexão sobre o assunto. Ora, o Estado e o direito são atualmente dotados de plena autonomia, não podendo, de forma alguma, portanto, ficarem de tal forma submetidos. Ademais, toda a evolução histórica do direito e do Estado deu-se exatamente no sentido de se desvencilharem, cada vez mais, dos desígnios divinos (bem como de suas interpretações), concentrando-se tão somente nas coisas terrenas, dos homens. É nesse sentido, por exemplo, que parece se colocar o já destacado argumento de Rousseau, buscando limitar a participação da Igreja nas coisas do Estado, já há mais de duzentos anos atrás. Afirma-se dessa forma, de maneira incontornável, a pretensão antropocêntrica do direito e da própria humanidade. Qualquer teoria jurídica tendo Deus como pano de fundo, nos dias de hoje, portanto, seria um enorme e inegável retrocesso no campo da Ciência e da Filosofia do Direito. O estado laico é uma conquista histórica que trouxe inúmeros avanços e deve, pois, ser preservado.

Já com relação ao segundo fundamento do direito natural, aquele relativo à própria natureza das coisas ou do homem, tem-se que foi ainda mais largamente utilizado pelos jusnaturalistas (sendo mesmo a sua essência), nas diversas concepções jusnaturalistas surgidas no curso da história. Daí, inclusive, origina-se o termo: direito natural, ou seja, aquele que é por natureza. Ocorre, contudo, que o termo ora em análise consiste em contradição insolúvel ou, pelo menos, em inegável erro terminológico. O fato é que não existe, e nem pode existir, um direito que seja natural. E o direito natural não existe, não porque nós o eliminamos, mas porque é simplesmente impossível a sua existência. Ora, o direito é fruto do artifício humano. A

humanidade é quem se ordena a si própria. Ou, pelo menos, tenta. Mas é ela quem tenta. É nesse sentido que Eros Grau (2008, p. 860) infirma que “[...] o direito é um produto cultural, uma invenção do homem, sendo as realidades sociais o elemento desde o qual se processa a sua invenção”. E isso sempre foi assim, mesmo que muitas vezes se tenha imaginado o contrário. Já segundo Bobbio (2004, p. 72), “instrumentos e regras de conduta formam o mundo da ‘cultura’, contraposto ao da ‘natureza’”. Pertencem, pois, a mundos distintos e contrapostos. Direito e natureza são como água e óleo. Não se misturam em hipótese alguma. O homem, embora também faça parte da natureza, dela difere substancialmente por meio do artifício. Aquilo que é fruto da natureza é fato, acontece por si só, independentemente da vontade humana. E o direito não é um fato. Não acontece por si só, da mesma maneira que algo despenca ao chão, quando solto do alto, pela força da gravidade. O direito é construído, criado pelos homens. É certo, porém, que o ser humano também possui essa parte que lhe é natural, seus instintos e fisiologismos. E isso pode até ser considerado como sendo uma sua natureza, da qual não se pode esquivar. Mas daí a se transformar em direito por natureza é um grande e temeroso passo e os motivos para isso são vários. Tais motivos serão agora destacados. Antes, porém, é de se ressaltar uma última alternativa, qual seja, a sustentação de que o artifício, por si só, faz parte da natureza mesma do ser humano e, logo, poder-se-ia dessa forma falar em um direito natural, mesmo enquanto artifício. O ardil, contudo, se é que chega a impressionar, não surte de fato quaisquer efeitos. Afinal, se assim fosse, todo o direito seria natural, embora todo ele artifício fosse, e não haveria que se falar sequer em distinção de direitos, ainda assim. E assim, tem-se que os únicos princípios sobre os quais poderia ser calcado todo o direito natural, embora não sem discussão, seriam aqueles propostos por Rousseau, e que adiante se destaca (2005, p. 28):

Deixando, pois, todos os livros científicos, que só nos ensinam a ver os homens tais como foram feitos, e meditando sobre as primeiras e mais simples operações da alma humana, creio perceber dois princípios anteriores à razão, um dos quais interessa ardentemente ao nosso bem-estar e à conservação de nós mesmos, e o outro nos inspira uma repugnância natural de ver morrer ou sofrer todo ser sensível, e principalmente os nossos semelhantes. Do concurso e da combinação que o nosso espírito é capaz de fazer desses dois princípios, sem que seja necessário acrescentar o da sociabilidade, é que me parecem decorrer todas as regras do direito natural; regras que a razão é, em seguida, forçada a restabelecer sobre outros fundamentos, quando, por seus desenvolvimentos sucessivos, chega ao extremo de sufocar a natureza.

Logo, segundo essa colocação de Rousseau, as pessoas, em padrões e situações de normalidade, buscam a sua auto-preservação e são empáticas também à preservação dos demais entes sensíveis. Nesse mesmo sentido, para Locke (2006, p. 100), “[...] como a lei

fundamental da natureza é a preservação dos homens, não há lei humana em contrário que seja válida ou aceitável”. Apesar da razoabilidade de tais afirmativas, pois realmente não parece ser desejável que os homens se destruam uns aos outros, não é assim tão simples afirmar que se trata de uma lei da natureza. É que também é bastante razoável a afirmativa, em sentido contrário, de que o ser humano possui um outro instinto, de caráter agressivo, destrutivo, sendo que a própria história demonstra que muitas vezes dele se utilizou. Assim, conseqüentemente, muitas vezes o ser humano tem uma intenção mesmo de eliminação do outro, ou ainda de si próprio, e isso também pode ser considerado como parte mesmo de sua natureza. É nesse sentido, por exemplo, que Sigmund Freud (1978, p. 168), em seu *O mal-estar na civilização*, argumenta que, de fato, “a agressividade não foi criada pela propriedade”, mas trata-se de algo intrínseco ao próprio ser humano. De quebra, contrapõe-se ainda àquela outra ideia de Rousseau de que a sociedade, instituída por meio da primeira apropriação do solo, foi a semente da discórdia entre os homens. Desse modo, entende que a agressividade “reinou quase sem limites nos tempos primitivos, quando a propriedade ainda era muito escassa [...]” (1978, p. 168). Freud, nesse mesmo livro, descreve também uma tendência que tem o ser humano de autointrojetar este impulso agressivo, como maneira de se possibilitar essa mesma sociedade. Daí, inclusive, a origem do mal-estar por ele alegado. Assim, é de se dizer que mesmo esses princípios de Rousseau são bastante questionáveis. Ou seja, não só o direito natural, mas também a própria natureza humana pode ser questionada, tanto quanto a sua constituição, mas até mesmo quanto a sua própria existência. É neste último sentido que se coloca, por exemplo, Jean Paul Sartre (1978, p. 6), que em seu *O existencialismo é um humanismo*, afirma simplesmente que “[...] não há natureza humana, visto que não há Deus para a conceber [...] o homem não é mais que o que ele faz”. Isso é assim porque, em contraposição aos determinismos metafísicos, Sartre entende que o homem encontra-se fadado ao exercício pleno da liberdade. Ou seja, o homem precisa fazer escolhas, está como que obrigado a tal. É incitado a todo instante a fazê-las, e as faz, quer tenha ele plena consciência disso ou não. É que, para o existencialismo, “[...] a existência precede a essência [...]” (SARTRE, 1978, p. 5). Assim, para Sartre, a essência humana (ou seja, a sua natureza) é algo que se estabelece no curso de sua vivência. O homem cria-se a si próprio e, dessa forma, pode-se afirmar que também está necessariamente fadado à criação do seu direito. Afinal, ninguém poderá fazer isso por ele. Por fim, a preleção de Sartre também deixa bem claro que esse conceito de natureza humana está estreitamente vinculado ao próprio conceito de Deus, viés também já destacado no curso dessa preleção. Nesse sentido, estendendo esse vínculo, porém, à natureza em geral (não só à natureza humana), coloca-se também o pensamento de Hans Kelsen (1998, p. 13):

A vontade de Deus é – na doutrina do Direito natural – idêntica à natureza, na medida em que a natureza é concebida como tendo sido criada por Deus. Conseqüentemente, as leis que regulam a natureza têm, de acordo com essa doutrina, o mesmo caráter das regras jurídicas emitidas por um legislador: elas são comandos dirigidos à natureza; e a natureza obedece a esses comandos assim como o homem obedece às leis emitidas por um legislador.

Assim, ligam-se umbilicalmente as noções de Deus e de natureza para os jusnaturalistas, como se vê agora e também como já discorrido. Nesse sentido, os argumentos discorridos em combate à pretensão jusnaturalista de se ter Deus como fundamentos do direito, também aqui são aplicáveis. Noutra aspecto, embora interligado, avulta também uma nítida intenção dos jusnaturalistas em geral, de se predeterminar também a moral. É que, se para eles, a natureza é algo previamente determinado, assim também deve ser a natureza humana e as suas decorrências, tais como o direito e a moral. Contudo, pelos mesmos motivos levantados pela impossibilidade de existência de um direito natural, também a moral não pode ser algo já estabelecido por antecipação, por natureza. Assim, na verdade, o homem não pode ser considerado como naturalmente bom ou naturalmente mau. É que também a moral decorre das finalidades primeiras do ser humano, por ele instituídas, e não se coaduna com o âmbito da natureza, mas, sim, aos do artifício, mecanismo básico da construção do mundo cultural, mormente pelo seu viés teleológico. É nesse sentido que Bobbio (2004, p. 68) infirma que “o homem é um animal teleológico, que atua geralmente em função de finalidades projetadas no futuro”. É dizer: se a humanidade quer-se autopreservar, por exemplo, a melhor moral deve ser a que isso propicie. Ademais, e por fim, já de há muito tempo moral e direito não se confundem, sendo tal discussão completamente desnecessária (e mesmo infrutífera) no âmbito jurídico. Não obstante, independentemente mesmo disso tudo alegado, ainda que tais princípios fossem absolutamente reconhecidos enquanto fundamento da própria natureza humana, as maneiras que se pode pensar os estar salvaguardando são simplesmente infinitas. Disso, não decorre naturalmente um direito, a ser descoberto pela via racional. As razões são várias, pois vários são os seus portadores. Assim, na observância do caso concreto, uns entenderão que se deve prestigiar o primeiro princípio (de auto-preservação) e outros, o segundo (preservação da sociedade). E qual seria o direito natural nesse caso? E, em última instância, até mesmo a intenção de se dar guarida a estes mesmos princípios, seja por meio da criação de um direito, seja por meio da criação de uma sociedade, não é algo de natural, mas algo de opção. É uma criação, enfim. Portanto, esses princípios propugnados por Rousseau, somente podem ser

tomados como algo válidos, se tomados como proposições passíveis de escolha. Por outro lado, não é possível aceitar que isso seja instintivo, ainda mais de maneira totalmente prevalente, a ponto de estabelecer, por si só, naturalmente, um direito ou qualquer outra coisa que o valha.

Por fim, com relação ao argumento de que o direito natural é conforme à razão natural, é de se dizer que também isso não ocorre. Primeiramente, porque a razão natural, assim como o direito natural, também não existe. A razão é o artifício em si mesmo e, por isso, não tem como ser natural. O homem, sim, é um ser da natureza, mas é o único dentre todos os entes que desenvolveu a razão e, por meio dela, estabeleceu um mundo próprio, o mundo da cultura. A razão, portanto, é o veículo construtor do mundo dos seres humanos e, portanto, não tem como ser algo natural. De fato, se não se pode afirmar com certeza a existência, ou ao menos a real estrutura, de Deus ou da natureza, tampouco isso pode ser feito com relação a uma razão que se quer justamente natural. Por isso, os argumentos relativos ao combate de Deus e da natureza enquanto fundamentos do direito também cabem aqui, já que são justamente esses os lugares onde esse raciocínio dito natural sempre irá desembocar. Isso porque também são essas as suas origens. É que a razão para os homens em geral foi sempre de certa forma tomada como um arcabouço de verdades, e, dentre elas, também a verdade sobre o direito e sobre a moral. Por isso, a razão não era tomada como um instrumento, mas como algo determinado. Acreditava-se, pois, estar com a razão. Nesse sentido, não havia qualquer possibilidade de discordância dos que lá haviam chegado. Aquele que com a alegada razão natural não concordasse, seria tomado como simplesmente ignorante ao seu respeito. A razão natural, portanto, consubstancia-se em uma verdade que é por si só, independentemente da vontade dos homens e, no mais das vezes, reflexo da razão divina. E a essa razão, deveria sujeitar-se o direito, a moral e todo o resto. Não obstante, o que realmente ocorre é que a razão não é nada mais que um instrumento. Não tem, por isso, como figurar enquanto fundamento de qualquer coisa que seja. Muito embora, enquanto instrumento, seja imprescindível não só à ciência do direito, mas a toda ciência e, até mesmo, a toda a existência humana. Não é fim, contudo. É meio. E, que se diga, um meio deveras ardiloso nas mãos de quem ludibriar queira. Trata-se, portanto, de um método de conhecimento e, muitas vezes, utilizado como método de convencimento. Nesse intento, a razão somente servirá para levar a um único lugar, já previamente determinado. Para tanto, parte-se de um princípio, que se julga inquestionável, e chega-se a qualquer lugar que se queira. De fato, esse lugar onde se queria chegar, essa pretensa verdade, foi na verdade o seu ponto de partida. O que vem aparentemente antes é que foi construído com o intuito de se chegar onde já se queria de antemão. Não é difícil, por exemplo, deparar-se com “provas racionais” da

existência de Deus, do direito natural ou de qualquer outra coisa que se queira. Dessa forma, por exemplo, colocam-se as doutrinas do contrato social, que buscavam de fato comprovar a existência de um estado de natureza e de um consequente e inevitável direito natural. Contudo, já se cria no direito natural de antemão. Não se constroem castelos sobre areia, contudo. Assim, a razão que se justifica é somente a razão crítica, questionadora. Aquela que busca, não as verdades absolutas (inexistentes), mas somente algum lugar, razoavelmente tranqüilo, para que se possa armar uma rede e pernoitar, antes de seguir viagem. É que também as verdades dos homens vão-se variando conforme variam os sujeitos que a buscam formular, bem como em conformidade com a inserção desses mesmos sujeitos no tempo e no espaço. Por fim, o que se percebe é que, com relação a todos esses argumentos acima destacados, é que eles sempre poderão ser utilizados como maneiras de se estancar a discussão e colocar alguma pretensão do seu guardião de enfiar uma verdade qualquer goela abaixo de quem na sua frente estiver. Isso é assim porque essa é a ordem natural. Isso é assim porque Deus quis. Isso é o racional. A partir desse ponto, a discussão cessa e o oponente é totalmente descartado como alguém totalmente desprovido de poder de fé ou capacidade sensitiva e racional para que possa enxergar a verdade como ela é. Avulta, portanto, seu viés manipulador. Não se quer com isso dizer, todavia, que isso tudo tenha inevitavelmente uma intenção malévola. Afinal, é esperado que as pessoas defendam os seus interesses. Daí, contudo, a afirmar que se trata de algo incontestável, contudo, vai um passo realmente grande. Assim, ressaltando essa permanência do caráter dogmático no pensamento jusnaturalista, mesmo entre os modernos, e destacando também, por outro lado, as principais contribuições destes últimos, coloca-se Ferraz Júnior (1980, p. 26):

A Ciência do Direito, nos quadros do jusnaturalismo, se de um lado quebra o elo entre jurisprudência e procedimento dogmático fundado na *autoridade* dos textos romanos, não rompe, de outro, com o caráter dogmático, que tentou aperfeiçoar, ao dar-lhe a qualidade de *sistema*, que se constrói a partir de premissas cuja validade repousa na sua generalidade racional. (original grifado)

Não obstante todo esse caráter dogmático do pensamento jusnaturalista em geral, o jusnaturalismo possui um inegável valor no que tange a sua incessante tentativa de combate às arbitrariedades em geral. Isso pode ser observado em toda a pregação do direito natural, desde a *Antígona*, de Sófocles, até o *Discurso da desigualdade entre os homens*, de Rousseau. Ademais, foi justamente essa concepção do direito que permitiu o advento das diversas declarações de direitos humanos, parte essencial do direito contemporâneo, inclusive, em plena justificativa da limitação à atuação estatal. O problema é que a sua perspectiva

valorativa do direito fundou-se frequentemente em rígido dogmatismo, o que não é lá muito adequado à necessária evolução das coisas. Não à toa, o direito natural foi tido, no mais das vezes, como algo imutável, universal e imprescritível, além de sobreposto ao próprio direito positivo. Tal rigidez não se justifica de forma alguma, mesmo quando muito boas as intenções. A questão do valor, contudo, praticamente eliminada ao depois pelas escolas juspositivistas mais radicais, essa sim, importa ao direito. Já o jusnaturalismo moderno, mais especificamente, trouxe definitivamente para o direito a sua característica de sistema, muito útil até os dias de hoje, e elo insuspeito entre jusnaturalismo e juspositivismo, mostrando que a história não se constrói somente mediante contraposições, mas também mediante ligações.

7.2 Crítica ao Juspositivismo

Como já visto, o juspositivismo instituiu-se, juntamente com o processo geral de codificação, na passagem da Idade Moderna para a Idade Contemporânea. Desde então, o direito natural foi progressivamente sendo banido das discussões acerca do direito e também da sua aplicação. Com isso, trouxe um enorme contributo ao direito, uma vez que também dele banuiu qualquer incidência das doutrinas morais e teológicas. Não em total novidade, é certo, uma vez que tal transição já se tinha iniciado no início mesmo da Idade Moderna. É de se dizer, contudo, que, com as codificações e declarações contemporâneas, aquele primeiro intento antropocêntrico atinge o seu fastígio no âmbito do direito. A partir de agora, é o homem quem faz as suas próprias leis. E faz isso de acordo com as suas escolhas e não segundo um direito previamente existente, o qual ele deve descobrir e quedar-se submetido, submisso. O direito ganha, com a novidade do juspositivismo, sua mais plena autonomia. Contudo, se por um lado, o direito não deve mais atenção aos filósofos da moral e aos teólogos, por outro, juntamente com o banimento do direito natural, também foi completamente banida do direito a sua vertente axiológica. A partir de então, embora isso se fosse amainando no decorrer dos tempos, a lei passou a ser tomada como o direito em si. A sua aplicação passou a ser feita em total desatenção ao seu fundamento. O direito, então, deixou de ser questionado para ser tão somente aplicado. No mesmo sentido, Eros Grau (2008, p. 31) destaca que “[...] o positivismo não tem como tratar da questão da legitimidade do direito. Por isso que, no seu quadro, a legalidade ocupa o lugar da

legitimidade”. Baniu-se, pois, qualquer discussão acerca de sua legitimidade, que passou a acontecer tão somente por vir expressa num texto de lei, desde que, é claro, oficialmente instituído. Fica dessa forma a impressão de que se passou a proceder tal como uma pessoa deveras descuidada que, após dar um banho em um bebê, e ao tentar descartar a água suja que restara na bacia, acaba jogando fora o próprio bebê. É que algo de muito precioso passou a ser deixado de lado, mormente nas primeiras aplicações juspositivistas, levadas a termo pelas escolas do empirismo exegético. É dizer: o direito ganhou autonomia, mas ao preço de se quedar solitário. Nesse sentido, também o direito positivado pelo Estado acaba por se constituir em nada mais do que um verdadeiro novo dogma, mero substituto dos diversos outros que lhe antecederam. Se antes se podia dizer que as coisas eram de tal forma somente porque Deus quis (ou a natureza ou a razão), agora se passou a poder dizer, de maneira diferente, mas com aspectos bem semelhantes, que assim elas são simplesmente porque a lei (ou o legislador) assim o quis. E, dessa forma, o princípio da onipotência do legislador, que não podia de forma algum ser questionado (e ainda hoje se vê tal apregoação), acabou por legar ao próprio legislador o trono que havia ficado vago pela ausência de Deus no âmbito do direito. É de se dizer, comparativamente, que, a partir de então, o legislador passou a ser Deus, a lei passou a ser a natureza das coisas e a razão natural passou a ser a razão lógica, em especial pela prevalência do dogma da subsunção. A diferença é que, se antes a discussão teria que necessariamente acabar na ordem divina ou natural, com o advento do juspositivismo, ela passou a cessar ainda antes, na própria lei. A lei é assim porque o legislador quis. Ponto. E aquilo que a lei não diz é porque o legislador não quis prever, pois o sistema jurídico é perfeito, completo. Sobre isso, e com nítido intento crítico, bastante elucidativa a imagem proposta por Lyra Filho (2006, p. 30):

Quando o positivista fala em Direito, refere-se a este último – e único – sistema de normas, para ele, válidas, como se ao pensamento e prática jurídicas interessasse apenas o que certos órgãos do poder social (a classe de grupos dominantes ou, por elas, o Estado) impõem e rotulam como Direito. É claro que vai nisto uma confusão, pois tal posicionamento equivale a deduzir todo Direito de *certas* normas, que supostamente o exprimem, como quem dissesse que açúcar “é” aquilo que achamos numa lata com a etiqueta açúcar, ainda que um gaiato lá tenha colocado pó-de-arroz ou um perverso tenha enchido o recipiente com arsênico. (original grifado)

Assim, como se percebe, não se trata de tarefa assim tão simples a aplicação do direito. É que os textos legais também não são o direito mesmo. E foi buscando elucidar essa questão que Eros Grau (2008, p. 43), por exemplo, propôs-se à “[...] adoção das noções de *direito posto* e de *direito pressuposto*” (original grifado). E o que ele pretende com essa divisão,

é conceber um direito (o pressuposto), de caráter histórico-cultural, anterior ao direito estatal positivado (o posto), em privilégio da “[...] sua dimensão axiológica sem aderir às construções de caráter metafísico que marcam a noção de direito natural” (GRAU, 2008, p. 43). Já o direito posto (positivo) “[...] é a tradução da correlação das forças produtivas existentes”. (GRAU, 2008, p. 44). Ou seja, é uma tradução, uma representação das forças sociais. E é também nesse sentido, que, logo em seguida ao esgotamento do empirismo exegético (e mesmo o ajudando a tal esgotamento), várias doutrinas surgiram em tentativa de seu aperfeiçoamento. Afinal, o direito deve estar a serviço da própria sociedade que o institui, e não o contrário. Todavia, essa maneira estritamente legalista de se abordar o direito encontra os seus prosélitos ainda nos dias de hoje. E não obstante, a intenção primeira desse total apego ao texto de lei, originário como visto da novidade da codificação, era a de clarear o direito, facilitar a sua aplicação e, justamente, a de evitar as arbitrariedades judiciais, tão frequentes na Idade Média e ainda na Moderna. Assim que se coloca, dentre outros, Ferraz Júnior (1980, p. 32), ao afirmar que “o período anterior à Revolução Francesa caracterizava-se pelo enfraquecimento da justiça, mediante o arbítrio inconstante do poder da força, provocando insegurança das decisões judiciárias”. É que, de fato, segundo preleciona Bobbio (2006, p. 38) o dogma da onipotência do legislador, base principal deste demasiado apego ao texto da lei, possui duas vertentes, uma absolutista e outra liberal. Afinal, se, por um lado, “[...] elimina os poderes intermediários e atribui um poder pleno, exclusivo e ilimitado ao legislador [...]”, por outro, “[...] tal eliminação dos poderes intermediários [...] garante o cidadão contra as arbitrariedades de tais poderes.” Bobbio destaca ainda que tal dogma é originário mesmo da própria pretensão codificadora jusnaturalista, em busca de garantia da justiça, que apregoavam presente no direito natural. Também nesse sentido, destaca Ferraz Júnior (1980, p. 32) que “o positivismo jurídico, na verdade, não foi apenas uma tendência científica, mas também esteve ligado, inegavelmente, à necessidade de segurança da sociedade burguesa”. Dessa forma, avulta também o seu ideal garantista. Contudo, nesses moldes, não estando as leis em conformidade com os fins sociais a que se propõem, não só não evitam as arbitrariedades, mas como as multiplicam. Isso porque se a própria lei estiver calcada em uma arbitrariedade e todos os juízes forem obrigados a aplicá-la de maneira mecânica, toda e qualquer aplicação judicial será igualmente arbitrária. E é justamente em intento de superação desse quadro indesejável que Venosa (2007, p. 90) infirma que, nos dias de hoje, “reconhece-se, sem reboços, universalmente, o papel fundamental da doutrina e da jurisprudência na criação e na transformação do Direito. O positivismo, na verdade, adquire novos contornos. Nenhum jurista de nosso sistema vê nos Códigos a única fonte de Direito”. Trata-se de uma das formas de se tentar amenizar essa dura aplicação

jurídica, baseada estritamente no dogma da subsunção e na estrita observância do texto da lei e da onipotência do legislador. Não as únicas, contudo, e ainda outras serão mais adiante abordadas. É de se ressaltar também que o cerne dessa aplicação mecanicista do direito é mesmo o dogma da onipotência do legislador, essa teoria eminentemente iluminista, mas que foi levada às suas últimas consequências pelo juspositivismo. Acontece ainda que, por outro lado, saber o que exatamente quer o legislador (*mens legislatoris*) não se trata de tarefa assim tão simples. Isso porque “o” legislador é alguém que de fato não existe. Trata-se de uma mera abstração, e não de alguém com existência real, palpável. Assim, tampouco têm real existência as intenções desse ente fictício. Nesse sentido, Ronald Dworkin (1999, p. 380) questiona:

Quais personagens históricos podem ser considerados legisladores? Como devemos agir para descobrir suas intenções? Quando essas intenções de algum modo diferem uma das outras, como devem ser combinadas na intenção institucional compósita? Suas respostas devem, além disso, estabelecer o momento exato em que a lei foi pronunciada, ou em que adquiriu todo o significado permanente que tem.

Dworkin leva esse raciocínio às últimas consequências, em busca de se tentar definir qual seria exatamente a “vontade do legislador”, dentre outras formas, buscando a vontade prevalente entre os legisladores de carne e osso sobre determinado assunto. A tarefa é inglória, contudo, e ele acaba por concluir pela sua total impossibilidade. A lei, de fato, é resultado de um processo legislativo, que abrange inclusive as suas origens sociais, e não algo que possua uma clara intencionalidade, de teor plenamente determinado. Assim, pode-se questionar: O povo, em última instância, é um legislador? Se sim, qual a intenção do povo? Os auxiliares da justiça que redigiram o texto são legisladores? Se não, qual a validade do seu texto? A intenção daqueles membros do Congresso que votaram pela força de lobbies deve ser considerada? A intenção de perpetuação política também? A intenção daquele legislador que se institui no sentido de garantir privilégios a si próprio deve ser legitimada? Enfim, seu intento era político-pragmático ou finalisticamente social. Por isso, Dworkin (1999, p. 404) acaba por concluir que “[...] as leis precisam ser lidas de algum modo que decorra da melhor interpretação do processo legislativo como um todo”. Ele está falando, pois, de um processo legislativo, não de uma figura onipotente, nos moldes do Deus cristão, que deve ter a sua vontade sempre satisfeita, sob pena de, iradamente, distribuir um sem número de punições e malefícios. Sua afirmação possui fulcro naquilo que ele chamou de *direito como integridade*. Para tal modo de aplicação do direito, faz-se necessária a observância de tudo o que antecede essa mesma aplicação, tendo-se em vista também o seu futuro. Exemplifica por meio daquilo que ele

chamou de *romance em cadeia*. Nesse exemplo, ele propõe uma situação hipotética de produção comunitária de um grande romance. Nesse intento, cada coautor, ao escrever a sua parte, deve observar a parte anteriormente escrita, em busca da unidade necessária ao romance. Por outro lado, não se prende aos métodos e maneiras dos coautores que lhe antecederam. Refuta, dessa forma, o convencionalismo estrito, com seu demasiado apego ao passado, e também o utilitarismo estrito, em seu total desprezo a esse mesmo passado. Utiliza-se de ambos, contudo. Somente que de maneira harmônica, integrada é dizer. Para ele, não se deve criar direito sem atenção ao passado. Por outro lado, esse passado não pode impedir o progresso do direito. “Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas” (DWORKIN, 1999, p. 271). A esse método Dworkin deu o nome de *interpretação construtiva* do direito. Trata-se, pois, de uma mitigação do dogma da onipotência do legislador, sem, contudo, deixar de lhe dar também guarida. É dizer, busca-se preservar as características desejáveis, expurgando-se os seus excessos. Afinal, os juízes não fazem leis, mas também fazem o direito.

E é também nesse sentido que muitos preferem falar em *mens legis* ou *ratio legis*, ou seja, a vontade da lei, ou a sua própria razão. Não obstante, também é fácil detectar que se trata de mais uma ficção, pois a lei não possui nem vontade e nem razão, pois que esses são atributos exclusivamente humanos. A tentativa, contudo, no mais das vezes, é a de se afirmar também a razoabilidade, e até inevitabilidade, da perspectiva axiológica também no processo de interpretação e aplicação do direito. Afinal, “*interpretar não é apenas compreender*” (GRAU, 2008, p. 207) (original grifado). É que, “a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva” (GRAU, 2008, p. 208). Isso porque Grau parte do pressuposto de que não há somente uma e única resposta correta para cada caso jurídico que se apresente. As proposições jurídicas não se colocam no âmbito estrito da lógica, onde vigora a obrigatoriedade de algo ser exclusivamente verdadeiro ou falso. O aplicador do direito tem que, inevitavelmente, fazer uma escolha dentre as alternativas possíveis para cada caso concreto, pois a lei, no mais das vezes, mormente pelo seu caráter de generalidade e abstração, não definirá, caso a caso, qual a melhor solução. Não obstante, tal escolha não se dá no sentido de exercício de mera arbitrariedade, mas no sentido de que é a própria interpretação, ao ser aplicada, que produz a norma, mesmo que dentro dos limites do ordenamento jurídico em que

está inserida, cuja amálgama e norte são justamente os princípios gerais desse mesmo ordenamento. Nas próprias palavras de Eros Grau (2008, p. 209): “Por isso também insisto na inexistência de uma única resposta correta (*verdadeira*, portanto) para todos os casos jurídicos – ainda que, repita-se, o intérprete autêntico esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico” (original grifado). Os legisladores fazem as leis, os juízes fazem a jurisprudência e os doutrinadores fazem a Ciência do Direito. E todos eles fazem o direito.

Já com relação à exclusiva aplicação do texto da lei, que se quer para o juspositivista crasso como algo completo e acabado, observa-se que vários são os doutrinadores modernos que sustentam a necessária lacunosidade de todo e qualquer ordenamento jurídico. Para Maria Helena Diniz (2006, p. 444), por exemplo, “[...] as normas, por mais completas que sejam, são apenas uma parte do direito, não podendo identificar-se com ele”. Isso porque “o sistema jurídico não tem um aspecto uno e imutável, mas sim multifário e progressivo” (DINIZ, 2006, p. 444). Nesse sentido, abarca um subsistema normativo, um fático e um valorativo, nos moldes inclusive da teoria tridimensional realeana. É que, para Miguel Reale (2009, p. 64/65), o direito possui três aspectos: “[...] um aspecto *normativo* (o Direito como *ordenamento* e sua respectiva ciência); um aspecto *fático* (o Direito como *fato*, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto *axiológico* (o Direito como *valor* de Justiça)” (original grifado). Assim, consequentemente, para Diniz (2006, p. 446), é existente a possibilidade de lacunas em cada um destes planos, que poderá, portanto, ser normativa, ontológica ou axiológica. E essa necessária lacunosidade do direito decorre justamente da dinamicidade histórico-social, que proporciona, a cada momento, uma nova situação antes não prevista pelo legislador. Ainda segundo a referida autora, se assim não fosse, ocorreria que, a partir de determinado momento, o Poder Legislativo teria que necessariamente perder a sua própria razão de existir, o que não ocorre (DINIZ, 2006, p. 452). Em sua dinamicidade, o direito vai buscando suprir tais lacunas, que são sempre completáveis, à mesma medida que outras se vão surgindo. Assim se vai o direito, sempre aberto, mas sempre se completando. Isso não se dá, contudo, pelos trabalhos dos juízes, que somente tem o poder de colmatar as leis, e não o de criá-las. Salvo o entendimento de que a sentença faz lei entre as partes. Contudo, leis, dotadas de generalidade e abstração e efeitos erga omnes, não. Não obstante, podem as súmulas vinculantes serem tratadas dessa forma, muito embora elas sejam melhor categorizadas não como leis, e nem como jurisprudência, mas como um *tertium genus*. Os julgados que pretendam colmatar lacunas de lei, deverão, pois, utilizar-se das outras vertentes do sistema jurídico, a saber, dos subsistemas ontológico e axiológico. Nesse sentido, inclusive, a previsão do artigo 4º da Lei de Introdução

ao Código Civil Brasileiro. Assim, como se percebe, tampouco o dogma da completude do ordenamento jurídico é sustentável, e, em consequência, a exclusiva aplicação do texto legal, nem sempre será possível. E, por outro lado, deixar de aplicar o direito na ausência de lei, mesmo quando avulte a juridicidade do caso analisado, seria incorrer em total desserviço à sociedade como um todo. A colmatação de lacunas, contudo, deve sempre ser devidamente fundamentada, sob o risco de incursão em indesejáveis arbitrariedades judiciais. Portanto, pelo todo discorrido acerca do juspositivismo, é de se observar que determinadas características suas, surgidas logo no seu início e persistentes até os dias de hoje, são completamente indesejáveis. Não obstante, as críticas ao juspositivismo em sentido amplo não encontram a mesma força. Isso porque determinadas características dessa corrente de pensamento são até mesmo desejáveis e deram o seu contributo aos rumos históricos do direito. Ademais, sua existência é relativamente nova em termos históricos e seus erros e acertos ainda não estão devidamente comprovados. Nesse sentido, Ferraz Júnior (1980, p. 36) toma um caminho bem parecido, ao justificar a dificuldade de se abordar as correntes jurídicas do século passado, “[...] porque elas representam problemas ainda não fixados cabalmente em seus contornos. Ao contrário, são problemas do nosso dia-a-dia”. Por isso, a crítica e também a própria preleção histórica desse estudo recaíram sobre os anos mais afastados, e mais aptos à observação. Pelo mesmo motivo também não se adentrou na conceituação do direito natural histórico, de conteúdo variável, que buscou reerguer o pensamento jusnaturalista. No entanto, é de se entender que o intuito final deste breve estudo já foi atingido. As duas grandes correntes do pensamento jurídico foram devidamente conceituadas, contextualizadas e criticadas. Nada mais a ser feito, portanto, a não ser os finais considerandos, postos a título de conclusão.

8 CONCLUSÃO

E assim, em atenção a toda essa argumentação, e também ao discorrido na parte histórica deste estudo, é de se concluir que nenhuma das duas correntes abordadas, pelo menos nos moldes em que foram tratadas, serve aos intentos de fundamentação e aplicação do direito. Isso porque ambas tratam apenas de parcela da realidade jurídica, tomando a parte pelo todo, e julgando-a completa. Essa afirmação não é também nenhuma novidade e vários doutrinadores buscaram a superação dessas correntes. Alguns, partindo do centro de alguma delas, tentaram aperfeiçoá-la. Esse é o caso, por exemplo, de Rudolf Stammler e a sua doutrina do direito natural de inserção histórica e conteúdo variável. De forma parecida, também se coloca o próprio Del Vecchio. Do outro lado, é possível citar, por exemplo, Norberto Bobbio e o seu positivismo moderado (ou juspositivismo em sentido amplo), que, sem abrir mão das normas postas pelos Estado, e por ele feitas cumprir (coação e imperatividade), descarta as noções de coerência e completude do ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que reconhece as limitações da interpretação lógico-mecanicista, conceito tão caros aos juspositivistas mais extremistas (sentido estrito). Outros, ainda, buscaram uma tentativa de superação das mesmas, quer seja pela via da conciliação entre elas, quer seja pela via da negação de ambas (Reale, Lyra, Dworkin, Grau e outros). De qualquer forma, permanece em aberto a discussão sobre o assunto. O que parece bastante razoável é a afirmação de que ambas, em suas versões mais características, não cumprem as finalidades a que se pretendem, enquanto fundamentos últimos do direito. Não obstante, quanto a essa questão dos fundamentos, é de se observar ainda que, em última análise, sempre será possível a fatídica pergunta: Afinal, em que se funda o fundamento? Portanto, talvez nem mesmo seja possível uma satisfatória fundamentação acerca do direito. É mais desejável, contudo, manter essa perspectiva, mesmo que insuficiente, do que buscar uma fundamentação dogmática, só para se aplacar a insegurança que se origina do fato de simplesmente não se ter um fundamento. Assim se deu, por exemplo, com o juspositivismo, que, ao tentar banir o dogmatismo excessivo dos jusnaturalistas, acabou por constituir outros dogmas, substitutos daqueles anteriores, e também insuficientes, enquanto fundamentos do direito. Contudo, por outro lado, tampouco essa incerteza deve servir de motivo para retrocessos no tocante ao assunto. É que definitivamente não se pode mais, nos dias de hoje, aceitar de maneira passiva qualquer direito que se pretenda imutável, universal e imprescritível, como queriam os jusnaturalistas. Tampouco são de valia os fundamentos que deram para o

direito, ou seja, Deus, natureza e a *ratio naturalis*. Por outro lado, também é bastante questionável a legitimidade de um direito, que se quer dessa forma tão somente pelo fato de se ter oficialmente instituído, sem qualquer outra justificativa material. Ademais, também os dogmas juspositivistas não podem mais cumprir o seu papel. É que também não há mais qualquer sentido, hoje em dia, endossar aquela praticamente divinização do legislador; ou aquela idealização do ordenamento jurídico, como algo completo, coerente e definitivo; ou ainda daquela estrita aplicação lógica, mecanicista e avalorativa do direito. É preciso superar os dogmas, tanto os jusnaturalistas quanto os juspositivistas. E, não obstante, por um outro viés, permanecem intactas as relações entre ordem e justiça sociais como os pontos centrais de todo o direito. Portanto, é somente por meio dessas duas forças motrizes básicas que se pode fundar qualquer pensamento sobre o direito. Trata-se da espada e da balança de Ihering, da ordem e da justiça de Lyra, da força e dos fundamentos de Dworkin, do direito posto e do direito pressuposto de Grau, e de diversas outras possibilidades de se nomear essa bipartição da realidade jurídica. Essa dualidade, contudo, não se faz entre as duas doutrinas destacadas no curso dessa preleção. Isso porque uma sempre se quer sobrepor a outra. Cada um dos polos não se consegue enxergar enquanto parcela da realidade e busca ser a totalidade. Elas são de fato excludentes entre si. Na verdade, segundo o que se observou no curso dessa preleção, elas são até mesmo historicamente consecutivas. É de se dizer, na verdade, que o jusnaturalismo, por meio da positivação dos direitos naturais, nos códigos e nas declarações de direito, acabou praticamente se transformando no juspositivismo. É que o direito natural, uma vez positivado e declarado, perdeu muito da sua própria razão de existir. No mais, de todo o analisado, fica também muito clara, além da já destacada contrariedade entre as duas doutrinas, uma explícita relação de continuidade entre elas no curso da história. Assim que, tanto o jusnaturalismo quanto o juspositivismo, buscaram evitar as arbitrariedades. Também tanto um quanto o outro, buscaram a sistematização e a codificação do direito. Ambas as correntes de pensamento ainda, partiram do indivíduo para se chegar ao Estado, e não o contrário, colocando-o enquanto fundamento da soberania estatal. Também ambas pregaram a separação dos “poderes”. No entanto, elas acabam por se separar, em muito, pelo momento histórico. E o marco dessa separação foi justamente a Revolução Francesa, a um só tempo iluminista e legalista. Na verdade, os próprios jusnaturalistas, ao pretenderem o reconhecimento do direito natural pelo Estado, por meio da codificação enquanto maneira de salvaguarda de seus direitos, acabaram por empoderar definitivamente o Estado. É dizer, reconheceu-se a necessidade da garantia dos direitos por meio do poder estatal. O juspositivismo foi, em última instância, a concretização do jusnaturalismo. Somente que fez isso da maneira como é possível fazer no mundo dos homens.

Assim, na idade contemporânea, o jusnaturalismo deixou definitivamente de ter voz, apesar de suas inúmeras tentativas de reaparecimento. E talvez o intento primeiro desse eterno retorno que lhe promovem os seus cultores, seja somente o de bradar contra a total ausência da vertente axiológica no campo da aplicação do direito. Contudo, se assim o for, deve-se observar que não se faz necessário ressuscitar o direito natural para tanto. É que, ao se invocar esse termo, vem junto dele, necessariamente, tudo o que ele carrega consigo em termos de conceituação e historicidade. Impossível, por exemplo, não pensar em natureza humana, em natureza das coisas, em razão natural, quando se fala em direito natural. Impossível ainda não desconfiar que alguém esteja tentando colocar os desígnios divinos na ordem do dia, trazendo-os para a discussão filosófico-jurídica novamente, de maneira implícita, como sói acontecer desde o momento do Renascimento. Ademais, conforme se tentou demonstrar nesta preleção, não existe e nem pode existir um direito que seja natural. E se a tentativa é a de afirmar um direito outro, que não o positivo, melhor que se utilize, pois, de um outro termo.

Por fim, é de se concluir que o juspositivismo é a doutrina prevalecente nos dias de hoje. E sob determinados aspectos isso é desejável, pois não há mais espaço para as doutrinas esotéricas no âmbito do direito. O direito é feito pelos seres humanos, que se autorregulam, e assim deve ser. Nesse sentido, trata-se de uma conquista ainda muito recente e que deve ser preservada e estimulada, pois sequer ainda se instituiu por completo. Afinal, ainda é bastante comum encontrar crucifixos pendurados nas paredes dos tribunais. Noutra plano, e em sentido contrário, também não há mais espaço para a estreiteza de pensamento de certas concepções juspositivistas. Assim, por exemplo: a aplicação lógico-mecanicista e avaliativa do direito, totalmente focado no dogma da subsunção; o endeusamento da mítica figura do legislador, colocando-o acima dos demais poderes, justificando-se isso inclusive na própria repartição de poderes; a arrogante pretensão de imaginar que um ordenamento jurídico pode ser perfeito, completo e acabado; e, por fim, a cômoda confusão que se faz entre a representação do direito (que são as leis) e o próprio direito. O juspositivismo, contudo, em que pese os exageros desse seu início, e que ainda perseveram em muito até os dias de hoje, ainda não cumpriu totalmente o seu papel. Ainda há muito o que se evoluir no tocante àquele intento antropocêntrico iniciado com a idade moderna e muito também a se evoluir no tocante à formação do Estado de Direito. É que o aperfeiçoamento do Estado de Direito (seja ele chamado de democrático, social ou constitucional) é também o aperfeiçoamento do próprio direito. No mais, é preciso que o próprio direito (e também a sua aplicação e os seus fundamentos) seja tomado tão somente como uma real criação dos homens e seus valores.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2007-A. 240 p. (Coleção a obra-prima de cada autor; 53)

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2007-B. 289 p. (Coleção a obra-prima de cada autor; 61)

BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1979. 321p. (Os pensadores)

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. 232 p.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. 239 p. (Coleção elementos de direito)

COMTE, Auguste. **Auguste Comte**: sociologia. 3. ed. São Paulo: Ática, 1989. 208 p. (Coleção grandes cientistas sociais; 7)

COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva**; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista. São Paulo: Abril Cultural, 1978. 318 p. (Os pensadores)

COTRIM, Gilberto Vieira. **Fundamentos da filosofia**: história e grandes temas . 16. ed., ref. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006. 304 p.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2005. 421 p. (Coleção a obra-prima de cada autor: Série ouro; 2)

DAWKINS, Richard. **Deus, um delírio**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. 520 p.

DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do direito**. Belo Horizonte: Líder, 2010. 283 p. (Clássicos do direito)

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. 589 p.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. 111 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. 197 p.

FRANÇA, R. Limongi. **Teoria e prática dos princípios gerais de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. 260 p.

FREUD, Sigmund. **Cinco lições de psicanálise**; A história do movimento psicanalítico; O futuro de uma ilusão; O mal-estar na civilização; Esboço de psicanálise. São Paulo: Abril Cultural, 1978. 246 p. (Os pensadores)

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. 366 p.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. 2. ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2005. v. 1 (Coleção clássicos do direito internacional)

HOBBS, Thomas. **Leviatã:** ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret, 2010. 489 p. (Coleção a obra prima de cada autor: Série ouro; 1)

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Estética:** a idéia e o ideal; Estética: o belo artístico ou o ideal, Fenomenologia do Espírito; Introdução à História da Filosofia. São Paulo: Nova Cultural, 1999-A. 464 p. (Os pensadores)

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia da história.** 2. ed. Brasília: UnB, 1999-B. 373 p.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito.** 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 329 p. (Clássicos)

HUME. São Paulo: Nova Cultural, 1999. 352 p. (Os pensadores)

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito:** texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2006. 96 p. (Coleção a obra-prima de cada autor; 47)

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura:** texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2003. 605 p. (Coleção a obra prima de cada autor: Série Ouro; 3)

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** São Paulo: Martin Claret, 2005. 139 p.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 637 p. (Ensino Superior)

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito.** 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006. 91 p. (Coleção primeiros passos; 62)

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo:** ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. São Paulo: Martin Claret, 2006. 176 p. (Coleção a obra-prima de cada autor; 89)

MACHIAVELLI, Niccolò; NAPOLEÃO I. **O príncipe:** texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2007. 190 p. (Coleção a obra-prima de cada autor; 2)

MEIRA, Sílvio. **A lei das XII Tábuas:** fonte do direito público e privado. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. 260 p.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis:** texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2004. 727 p. (Coleção a obra prima de cada autor: Série ouro; 9)

NADER, Paulo. **Filosofia do direito.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 318 p.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A gaia ciência.** São Paulo: Martin Claret, 2004. 244 p.

PLATÃO. **A república:** texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2007. 320 p. (Coleção a obra-prima de cada autor; 36)

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 391 p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens;** texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2005. 141 p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social:** ou princípios do direito político: texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2008. 128 p. (Coleção a obra-prima de cada autor; 46)

SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**; A imaginação; Questão de método. São Paulo: Abril Cultural, 1978. 191 p. (Os pensadores)

SÓFOCLES. **Édipo rei**; Antígona. São Paulo: Martin Claret, 2008. 143 p. (Coleção a obra-prima de cada autor; 99)

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 590 p. (Coleção direito civil; 1)