

JUSNATURALISMO E JUSPOSITIVISMO: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Rodrigo Duarte GIGANTE¹
 Sérgio Tibiriçá AMARAL²

Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente

RESUMO: Este artigo científico é uma análise crítica das duas principais correntes do pensamento jurídico: o jusnaturalismo e o juspositivismo. Mediamente, busca fornecer subsídios à tentativa de superação dessas correntes. A pesquisa foi exclusivamente bibliográfica e prepondera o método dialético. Sob essa perspectiva, partiu-se da genérica conceitualização das correntes supracitadas, confrontando-as, para, logo em seguida, criticamente, mostrar as suas deficiências. Historicamente, o jusnaturalismo precede o juspositivismo e também isso foi relevado, buscando-se assim a contextualização do pensamento jurídico contemporâneo. Argumentou-se, enfim, 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, tampouco os dogmas juspositivistas, da onipotência do legislador, da completude do ordenamento jurídico e da estrita aplicação lógico-sistemática, são justificáveis. Nesse sentido, sem embargo dos inegáveis avanços que engendraram, conclui-se pela necessária incapacidade dessas duas correntes de dar o devido enfrentamento à delicada questão acerca da fundamentação do direito. Ao mesmo tempo acena-se com novas vertentes do pensamento jurídico contemporâneo, que buscam suprir tais limitações.

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

ABSTRACT: This scientific manuscript is a critical analysis of the two principal lines of juridical thinking: jusnaturalism and juspositivism. Additionally, it seeks to provide subsidies for the attempt to overcome these lines of thinking. This research was exclusively bibliographic and the dialectical method was preponderant. From this perspective, this work started from the generic conceptualization of the two great lines of juridical thinking above cited, confronting them, for, subsequently, critically show their weaknesses. Historically, the jusnaturalism comes before the juspositivism and this was also highlighted, searching for the contextualization of the contemporary juridical thinking. 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 to justify that. On the other hand, none of the juspositivists dogmas, such as the legislator's omnipotence, the completeness of the juridical order and the strict logic-systematic application of the law, are either justifiable. In this direction, notwithstanding the undeniable advances that have been engendered by those lines of thought, it was concluded that they 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.

Keywords: Philosophy of Law. Jusnaturalism. Juspositivism.

1 INTRODUÇÃO

¹ Discente do 9º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: rodrigante@gmail.com.

² Doutorando de Garantias pela ITE-Bauru. Mestre em Direito das Relações Públicas pela UNIMAR. Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE-Bauru. Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: sergio@unitoledo.br. Orientador do trabalho.

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, 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. Já os juspositivistas entendem que o direito positivo, elaborado pelo Estado e na conformidade de seus procedimentos, é auto-suficiente no tocante à 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 três formas elas se apresentam: 1) correntes do pensamento jurídico que buscam um aperfeiçoamento do jusnaturalismo ou do juspositivismo; 2) correntes que buscam uma tentativa de conciliação entre ambas; e 3) correntes que, de um modo diferente, buscam justamente a superação dessa dualidade, dialeticamente, conservando e negando elementos de ambas (síntese). 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, em indesejável ciclo vicioso.

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, em especial pela fundação de Roma, no início do Século VIII a.C., por volta dos anos 750 a.C.. Diz-se 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). 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 destrinçar 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 Comte. Adotou-se, inclusive, no curso dessa breve preleção, o termo juspositivismo,

justamente 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 sentido amplo.

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, logo a seguir, de maneira mais individualizada, serão tecidas mais algumas observações. No tocante à essencial oposição entre essas duas correntes fundamentais, resume Roberto Lyra Filho (2006, p. 28/29):

Vimos que as duas palavras-chaves, definidoras do positivismo e do iurisnaturalismo, 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 iurisnaturalismo, 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”.

Como se vê, 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: em Deus, na natureza das coisas ou na razão humana; ou, ainda, como ocorre no mais das vezes, em 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.

Já o juspositivismo (ou positivismo jurídico), por seu turno, é uma concepção de direito, que se contrapõe totalmente à teoria jusnaturalista, negando, inclusive, no mais das vezes, a própria existência de sua pedra fundamental: o direito natural. É que 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 positividade 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, pois, de uma visão monista do direito, em contraposição ao dualismo jusnaturalista. 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.

2 PROPOSIÇÕES CRÍTICAS

Retoma-se agora, primeiramente, aquela aparentemente insolúvel contradição entre as duas correntes, 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 apoiar-se mutuamente. (original grifado)

De maneira bem parecida também se coloca Rudolf von Ihering (2006, p. 27):

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. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.

Assim, ordem e justiça devem, necessariamente, ser pensadas e abordadas sempre de maneira conjunta. É dizer: toda ordem deve ser justa e toda justiça, ordenada. Não é de nenhuma valia a justiça desordenada e nem a ordem injusta. 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. Se for assim tomada, a lei 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 dos cidadãos. 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. Logo, 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, e 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 positividade, 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.

2.1 Crítica ao Jusnaturalismo

No curso da história, em especial a mais recente, 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. Antes disso, porém, era dominante o pensamento jusnaturalista. E todas as doutrinas enaltecedoras do direito natural, desde o princípio, foram plenamente calcadas em três ideias basilares: Deus, natureza e razão, que foram tomados como os 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 esteve sempre bastante 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, ficar de tal forma submetidos. Ademais, toda a evolução histórica do direito e do Estado deu-se exatamente no sentido de um desvencilhar-se, 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, o argumento de Rousseau (2008, p. 119), já há mais de duzentos anos atrás, de que “[...] quem se atreve a dizer: *Fora da Igreja não há salvação*, deve ser expellido do Estado [...]” (original grifado). 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 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. 86) 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 (2005, p. 28), e que adiante se destaca:

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, nessa mesma obra, 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), e não o contrário. Assim, para Sartre, a essência humana (ou seja, 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. Nesse sentido, estendendo esse vínculo, porém, à natureza em geral (não só à natureza humana), à maneira dos modernos jusnaturalistas, 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. 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 de maneira antecipada, 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 a 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, à própria existência da humanidade. 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. Aquele 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 nisso tudo tenha sempre, 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.

2.2 Crítica ao Juspositivismo

O juspositivismo, por sua vez, institui-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 com a chegada 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 consequência 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, que, por sua vez, não pode vir a impedir o próprio 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 de 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, conseqüentemente, 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 delineados. 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 aprofundou a 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.

3 CONCLUSÃO

E assim, em atenção à argumentação destacada, 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 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, Ferraz Júnior 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. Assim, Bobbio (2004, p. 38): “O que é último, precisamente por ser último, não tem nenhum fundamento”. Tal perspectiva, mesmo que insuficiente, é ainda mais conveniente do que a busca por uma fundamentação estritamente dogmática, somente erigida com o intuito de se aplacar a insegurança originada 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, a 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, em 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, 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. Assim, fica também muito clara, além da já destacada contrariedade entre as duas doutrinas, uma explícita relação de continuidade entre elas no curso da história. Afinal, 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 positivista 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. Noutro 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. Por isso, propugna-se aqui, a título de conclusão (e sem pretensões definitivas e absolutas), por um direito que possa ser, a um só tempo, realmente antropocêntrico e valorativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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)
- 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.
- 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.
- IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**: texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2006. 96 p. (Coleção a obra-prima de cada autor; 47)
- 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)
- 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)
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 590 p. (Coleção direito civil; 1)