

Jusnaturalismo e Juspositivismo: Objetos e Orientações Doutrinárias

Jus Naturalism and Legal Positivism: Objects and Doctrinaire Orientations

Yumara Lúcia Vasconcelos^{a*}; Kleyvson José de Miranda^b

^aUniversidade Federal Rural de Pernambuco, Departamento de Administração, PE, Brasil

^bFaculdade Integrada do Recife, Curso de Direito, PE, Brasil

*E-mail: yumaravasconcelos@gmail.com

Resumo

O jusnaturalismo e o juspositivismo são duas correntes de pensamento que, historicamente, posicionaram-se em pontos diametralmente opostos, mas que guardam convergências e sinergias entre si. Esse artigo objetivou identificar zonas de confluência entre o Direito positivo e o Direito natural, objetos das citadas orientações doutrinárias. Como resultado desta pesquisa, qualitativa, exploratório-descritiva e essencialmente bibliográfica, concluiu-se que o Direito natural entrega ao Direito positivo diretrizes de natureza moral e humanitária; o reconhecimento formal do Direito natural o torna positivo, significando que a positividade é um atributo do Direito, não compreendendo sua natureza; o Direito é uno e é fruto, direto ou indireto, da ação intelectual humana, ainda que imanente a sua natureza.

Palavras-chave: Direito natural. Direito positivo. Jusnaturalismo. Juspositivismo.

Abstract

Jus naturalism and legal positivism are two schools of thought that historically positioned at opposite points, but kept convergence and synergies between themselves. This article aimed to identify areas of confluence between positive law and natural law, objects of the aforementioned doctrinaire guidelines. As a result of this qualitative, exploratory and descriptive, and essentially bibliographic research, it was concluded that natural law delivers moral and humanitarian guidelines to positive law. Formal recognition of natural law makes it positive, meaning that positivity is a legal attribute, not understanding its nature. Law is one and it is the direct or indirect result of human intellectual activity, although it is inherent to its nature.

Keywords: Natural Law. Positive Law. Jus Naturalism. Legal Positivism.

1 Introdução

A conduta humana não é conduzida exclusivamente por normas, existindo todo o complexo sistema social que compreende regras morais e aquelas de trato social. O homem coexiste em sociedade, o que implica permanente estado convivencial. Portanto, tenderá sempre à interação com seus pares. As regras de convivência têm nascedouro nesse sistema de relações (DINIZ, 2002; FALCÃO, 1997; HERKENHOFF, 2004; MAXIMILIANO, 2004; NADER, 2011).

A ciência jurídica não é completa na apreensão da essência das disposições relativas às relações sociais e suas influências, razão pela qual estabelece vínculos disciplinares com outras áreas, a exemplo da Psicologia, da Sociologia, dentre outras (HERKENHOFF, 2004).

O conceito de Direito é multívoco em face dos diferentes prismas de análise os quais o termo se submete, convergindo a sentidos distintos. As acepções ‘Direito natural’ e ‘Direito positivo’ representam dois desses prismas, objetos de elaboração doutrinária. O escopo desses conceitos deu azo a duas concepções filosóficas: o jusnaturalismo e o juspositivismo.

Esse trabalho teve como objetivo geral identificar zonas

de confluência entre o Direito positivo e o Direito natural. À vista do propósito exposto, formulou-se como questão problematizante para o estudo: quais as interseções entre o Direito positivo e o natural?

Nesse intento, o artigo visou ainda, discutir as concepções jusnaturalista e juspositivista, a partir de seus respectivos objetos. Independente do objeto referenciado, o Direito existe em função da sociedade e essa é a diretiva norteadora desse estudo.

2 Desenvolvimento

2.1 Metodologia

A pesquisa, de natureza exploratório-descritiva, enquadra-se como qualitativa e bibliográfica. Tais escolhas metodológicas são amparadas pelo argumento de que seu campo de investigação contempla exclusivamente o olhar dos autores que compuseram o referencial teórico.

Os estudos de natureza qualitativa, em geral, são eficazes na exploração de significados, viabilizando diferentes reflexões sobre as experiências, impressões, influências e pontos de vistas dos autores revisados (FAGUNDES, 2009; STRAUSS; CORBIN, 2008; TOZONI-REIS, 2009).

2.1.1 Direito positivo: escopo e importância

O direito positivo corresponde aquele legislado pelo homem, independente do tempo e espaço, sendo essencialmente heterônomo (imposta pelo Estado) (DIMOULIS, 2013; NADER, 2011).

Secco (2009, p.35) define Direito positivo como: “[...] normas de conduta, legisladas ou provenientes do costume, que estando em vigor ou tendo vigorado em certa época, disciplinam ou disciplinaram o inter-relacionamento, a convivência do homem”.

O Direito positivado compreende regras que são ou foram formalizadas e reconhecidas em algum momento pela sociedade, advindas de diferentes fontes (costumes, direito comparado, dentre outras) (DURÁN Y LALAGUNA, 1997).

Gusmão (2000, p. 53) define o direito positivo como:

[...] direito histórico e objetivamente estabelecido, efetivamente observado, passível de ser imposto coercitivamente, encontrado em Leis, códigos, tratados internacionais, costumes, resoluções, regulamentos, decretos, decisões dos tribunais etc.

É o Direito reconhecido pelo Estado e organizações internacionais. De fato, o Direito positivo tem diferentes nascentes (origens de demandas e influências), a saber: costumes de um povo institucionalizados pela cultura local; experiências externas (direito comparado); e sugestões ou pressões da comunidade internacional (tratados, convenções) (DURÁN Y LALAGUNA, 1997).

A despeito de sua clareza conceitual, inexistente convergência de entendimento em relação ao escopo do Direito positivo.

Os autores não são unânimes em considerar como Direito positivo as normas não vigentes, muitos deles excluindo o histórico da produção normativa (DINIZ, 2009; FERRAZ JÚNIOR, 2003; GUSMÃO, 2000; MACHADO, 2012; NADEN, 2011; VENOSA, 2009; DURÁN Y LALAGUNA, 1997). Entretanto, Gusmão (2000, p. 53-54) argumenta que o Direito positivo corresponde ao

[...] Direito determinável na história de um país com pouca margem de erro, por se encontrar em documentos históricos (códigos, leis, repertórios de jurisprudência, compilação de costumes, tratados internacionais, etc.). É o Direito vigente ou que teve vigência.

Advoga-se nesse trabalho a tese de que o parâmetro ‘vigência’ não desnatura as características que encorpam o Direito positivo. A positividade da norma não se vincula à temporalidade da eficácia da Lei, mas sim, a sua formalidade e reconhecimento num dado momento histórico.

Desta forma, o caráter positivo da Lei permanece, apesar de revogada (ineficaz), ficando-se como marco histórico, compondo a cultura jurídica. A lei revogada explica ou justifica a lei vigente, ensejando comparação. Nesse aspecto, a lei sobrevive na conjuntura legal, mantendo sua positividade.

A positividade diz respeito a uma referência de conduta tida como correta, que serve ou serviu de lastro a comportamentos sociais desejáveis, evitando decisões arbitrárias por parte do julgador.

O Direito positivo tem uma dimensão territorial ou espacial porque tem aplicação em determinado espaço geográfico (território específico), chancelada pela autoridade estatal. Não obstante esse seja um caráter importante do Direito positivo, pode-se comportar em algumas hipóteses a eficácia extraterritorial para a norma (Direito Internacional).

O direito positivado tem ainda uma dimensão temporal porque sua vigência não é indefinida, sendo sensível às demandas sociais, culturais, econômicas, científicas e tecnológicas.

Embora o Direito positivo no Brasil seja essencialmente legislado, existem realidades culturais onde as regras de conduta decorrem dos costumes (regramento consuetudinário), situação em que o Direito positivo não é escrito. Significa que o Direito positivo em um país pode assumir características distintas em outro.

O Direito positivo caracteriza-se por ser pragmático e baseado em parâmetros funcionais, visando à eficácia, consistência e estabilidade da Lei. Corresponde a instância da abordagem objetiva do fenômeno jurídico (real e empiricamente observável).

O Direito seria, portanto, dual, composto pelo Direito natural, de caráter universal, e pelo positivo, pontual, regional, flexível e vulnerável a vontade do homem (CICCO FILHO, 2005).

2.1.2 Direito natural e sua posição em relação ao direito positivo

O Direito natural, diferentemente do Direito positivo, não é uma criação humana, mas sim uma prerrogativa inerente ao homem. Desta forma, parte da noção intuitiva de justiça. Nesse diapasão, sobrevive à estrutura política do Estado.

O respeito aos direitos naturais representa ou comunica um *status* ideal de civilização, considerando o âmbito jurídico. O que se denomina direito natural ou ideal é, na verdade, um direito real, posto que tem origem no homem (CHORÃO, 2000).

Lo natural se identifica com aquellos âmbitos de La conduta que no están superditados ao pacto entre los hombres, precisamente porque viene dado por La naturaleza; mientras que se intiene por positivo aquello que depende esencialmente Del pacto entre los hombres, y por tanto ES susceptible de cambio em función de los critérios de conveniência que em cada momento puedan estar vigentes (DURÁN Y LALAGUNA, 1997, p. 41).

O Direito natural transcende, portanto, as regras positivadas porque parte do senso partilhado pelos indivíduos, pertencentes a determinado grupo social, acerca do que é moral ou imoral, certo ou errado. Destarte, não carece de institucionalização expressa, visto que o faz tacitamente. Por esta razão, sua existência não reclama monopólio de jurisdição.

Essa versão do Direito origina-se, então, de fontes espontâneas e inegavelmente valorativas. Sob a diretriz dessa perspectiva, não é incomum aos olhos do homem, o ilícito jurídico se confundir com deturpações de ordem moral,

considerando que atenta contra a estrutura social estabelecida e reconhecida como paradigma, legitimada no inconsciente dos indivíduos.

O Direito natural parte do princípio antidemocrático de que há um conteúdo de justiça apriorístico em relação ao direito positivo, o qual precisa curvar-se a esses princípios e deve ser imposto a todos os desviantes e recalitrantes (VIEHWEG, 2006, p.179-180).

As ‘regras invisíveis’ do Direito natural são autoimpositivas, expressando uma justiça evidente e inequívoca (axiomas naturais) (DIMOULIS, 2013; DURÁN Y LALAGUNA, 1997; VIEHWEG, 2006).

A identidade entre Direito e justiça é histórica. O Direito natural pressupõe a existência da justiça absoluta (material), orientada por valores estáveis no tempo, vigorando em todos os espaços, invariavelmente, norteando a vida em sociedade. A imutabilidade desses valores imprecisos, sem escopo claramente definido tem ensejado acalorado debate e divergências acerca do real significado da ‘justiça’, bem como novos recortes problematizados (BALTAZAR, 2009; DURÁN Y LALAGUNA, 1997; DIMOULIS, 2013; KALSING, 2012; KERSTING, 2003; VIEHWEG, 2006).

O jusnaturalismo fundamenta-se na existência de um direito, imanente à natureza, universal, imutável, suprapositivo e, principalmente, absolutamente justo. [...] a ideia fundamental da teoria naturalista é a afirmação da existência de preceitos de justiça que independem da normatização realizada pelo Estado, estando acima do direito posto pelo Estado (caráter suprapositivo do direito natural) (BALTAZAR, 2009, p.83).

De fato, etimologicamente, o termo ‘Direito’ tem sido relacionado às concepções de justiça e correção, ensejando inclusive a derivação de expressões técnicas (jurisdição, juiz, jurídico, jurista, dentre outras). “Os romanos nunca usaram a palavra *directus* (direito ou o que está de acordo com a linha reta), mas sim a palavra *ius* para significar o que hoje chamamos de Direito” (OLIVEIRA, 1998). Ressalte-se que o homem buscou ao longo de seu curso evolutivo a objetividade na subjetividade de um conceito móvel de justiça e retidão.

O positivismo rejeita essa concepção inflexível de justiça, conferindo ao homem, o controle e arbítrio de composição e positividade das regras. Produto do monopólio normativo, o Direito positivo é temporal, assumindo contornos plásticos, flexíveis e sensíveis às variações culturais e à evolução dos sentimentos, percepções, crenças, costumes e valores. O relativismo desse olhar sobre o objeto jurídico decorre das referências pessoais (significado atribuído pelo indivíduo).

As sociedades evoluem e, nesse curso, seus valores e interesses. Atente-se para as variações deste último. A escravidão foi admitida legalmente num determinado momento da história, movida por interesses econômicos, alheios à moral do ato. A norma legitimava a prática, o que a qualificava como ‘justa’. Considerando essa lógica de pensamento, a justiça representa um conceito relativo desprovido de neutralidade, consoante as preferências do indivíduo. A justiça ‘positivada’ ganhava, destarte, uma perspectiva funcional, instrumental.

O Direito possui as funções de pacificação e ordenamento, inobstante nem sempre o tenha realizado exitosamente e com humanidade.

Dimoulis (2013, p.77) ressalta que

Com a exceção da teoria da justiça absoluta, que não encontra partidários na atualidade, as demais correntes concordam que os valores da justiça dependem de três fatores: dos fatores tempo e espaço, já que as ideias sobre o justo modificam-se dependendo do período histórico e do país, e também do fator social, já que a representação do justo pode divergir segundo o grupo social.

Advoga-se neste trabalho a existência de duas dimensões de justiça: uma estável e outra moldável. A primeira corresponde àquela defendida pelos adeptos do naturalismo jurídico (mesmo em suas leituras mais modernas), a segunda diz respeito à justiça traduzida nas normas. Essa segregação é coerente. No que concerne aos parâmetros estáveis de justiça, é lógico reclamar estabilidade ou imutabilidade, demanda que justifica o adjetivo ‘natural’. O regramento, eficaz na consecução dos propósitos de pacificação e segurança social, apropria-se desses parâmetros intuitivos e atitudes internas (em estado pré-jurídico).

Reduzir o conceito de justiça à igualdade ou equidade (perspectiva utilitarista), em razão da pessoalidade dos parâmetros considerados poderá gerar tensões e paradoxalmente deflagrar injustiças (SIQUEIRA-BATISTA; SCHRAMM, 2005).

Domício Ulpiano diferencia justiça e necessidade. Extrapolando essa distinção, a justiça ‘natural’ posiciona-se hierarquicamente, no que se refere à valoração e alcance, em nível superior em relação à justiça necessária, positivada pelo homem à luz de seus próprios interesses. A concepção defendida por Ulpiano tem nascente no processo de cognição humana (DIMOULIS, 2013).

Independente de filiação doutrinária, não se pode negar a existência das construções sociais que originam as concepções de justiça, tomadas como macrodiretrizes de conduta.

Venosa (2009, p.49) completa que:

[...] a existência do direito natural é atestada por inúmeros fatores, tais como a vivência interna do ordenamento, com aplicação de uma lei não escrita, conforme a dignidade do homem; o reconhecimento expresso do direito natural em várias legislações e sua consagração pelas declarações de Direitos, pelos direitos e garantias constitucionais, pela consagração legislativa dos direitos humanos.

Machado (2012, p.10) define Direito natural como “[...] o conjunto de princípios da conduta humana que resultariam da divindade, ou da própria natureza, e que seria superior e fundante do direito positivo”.

Nos primórdios da Civilização, a indiferenciação dos regramentos marcava as relações sociais, numa completa indistinção entre o jurídico, o religioso e o mítico, desconsiderando as especificidades dos subsistemas sociais e a própria diversidade do sistema (VIEHWEG, 2006).

O Direito, num determinado momento histórico, foi expressão da alopoiese do sistema social (marcada pela

parametrização híbrida e indistinção dos critérios norteadores de condutas). Observe-se que parte das definições abrangidas nesta pesquisa ainda mantém traços da concepção tradicional do Direito natural.

As leituras mais atuais, por sua vez, conferem uma perspectiva mais humanística e valorativa ao Direito natural, desatada de orientações religiosas, ressaltando a importância de valores morais para uma convivência saudável e segura.

Entende-se que os direitos naturais emergem do aprendizado social e exploração do ambiente (processo empírico), não necessariamente vinculados à crença divina. O homem explora o ambiente e racionaliza condutas, orientado pela sua noção de bem – estar e segurança. A explicação fenomenológica corresponde a um momento posterior a essa racionalização, que poderá culminar na justificação do imponderável a partir da existência de Deus. Nesse sentido, a definição de Mendonça (2002, p.52-53) parece convergente a essa leitura: “[...] conjunto de princípios práticos que emergem da natureza racional, livre e social do homem, descobertos pela razão, reguladores das relações inter-humanas, visando a conformá-las em função do bem comum.”

Os princípios do Direito natural trazem imperativos éticos, morais indeclináveis, necessários à ordem da vida social. Uma parte desses direitos é essencial à disciplina das relações e dignidade do indivíduo; a outra é ajustável às realidades culturais (REALE, 2001).

A Figura 1 ilustra essa composição.

Figura 1: Direito natural



Fonte: Os autores.

O topo da pirâmide corresponde à ‘justiça positivada’, segundo os interesses e demandas vigentes. A base, por sua vez, é o alicerce da produção jurídica e vida social, correspondendo ao ápice dessa hierarquia.

Essa acepção, tão defendida entre os autores, remete à avaliação da existência incondicionada e concretude desses direitos, em face da imponderabilidade de suas origens e realidade fática.

Os direitos naturais alcançam o âmbito autônomo do ser. A História é provedora de situações onde os direitos ditos

‘naturais’ e universais foram relativizados pela perspectiva humana na apreensão do sentido da justiça.

[...] tomemos como exemplo a Alemanha nazista quando Adolf Hitler, ao pregar irracionalmente a supremacia da raça ariana, determinava a morte das crianças nascidas “defeituosas”, bem como, de judeus, negros e homossexuais. Verifica-se assim que a vida é eventualmente protegida pelo Direito, todavia, não é um Direito natural e inerente ao homem, é, sim, um pressuposto para o exercício do Direito dentro de uma sociedade (COSTA, 2012).

O pressuposto para o exercício do direito natural à vida, no contexto retratado, define apenas uma propensão, sujeita a vontade do homem. Confunde-se em muitas discussões acadêmicas ‘prerrogativa e ação’, e críticas são lançadas ao jusnaturalismo em razão dessa inversão de conceitos. O jusnaturalismo não nega a plasticidade de determinadas regras, as quais são modificadas por força do arbítrio do indivíduo.

A concreção efetiva do direito depende do olhar e intervenção humana. Essa constatação aflui para uma reflexão acerca da natureza do direito natural, uma vez que este, *apriori* não existe fora da concepção humana e seus paradigmas.

A sujeição destes aos ditames do homem o torna parcialmente mutável. Compartilham esse entendimento àqueles que percebem o Direito como uma criação meramente social desenvolvida pelo homem, em razão do homem e para o homem.

O direito natural não seria passível da ação intelectual do homem? Os estudiosos, usualmente, consideram e abordam o direito natural na sua forma bruta.

Os autores que advogam a existência dos direitos naturais (ou simplesmente mencionam) o definem em um plano abstrato e subjetivo, como direito não adquirido, mas imanente ao indivíduo; unívoco e intuitivo, transcendendo a experiência vivencial, embora não adstrito a um universo social exclusivo. De fato, orientado por essa concepção, o Direito natural não sofre a intervenção intelectual do homem, sendo livre e autônomo (BALTAZAR, 2009; BOBBIO, 1995; CICCIO FILHO, 2005; DIMOULIS, 2013; DURÁN Y LALAGUNA, 1997; GUSMÃO, 2000; KERSTING, 2003; VERAS; OLIVEIRA, 2007).

Durante a idade média, essa modalidade de Direito era relacionado à lei divina, impondo uma hierarquia imobilizante: DEUS – SACERDOTE- SOBERANO. Por esta senda, ao povo caberia apenas a sujeição. O Direito cumpria, dentre outros papéis, a função de fortalecer o modelo aristocrático-feudal vigente à época (LYRA JUNIOR, 1982).

Enquanto o jusnaturalismo originário tinha profundas bases teológicas, o moderno jusnaturalismo do século XVII abandona as idéias de um direito baseado na vontade de Deus e funda-se na razão como substrato legitimador dos direitos inerentes ao ser-humano. É com esta pretensão que se iniciam os movimentos revolucionários liberal-burgueses que, afirmando a necessidade de o Estado respeitar e proteger os direitos naturais articula a queda do absolutismo monárquico. Essa doutrina jusnaturalista serviu de fundamento ao aparecimento de dois princípios fundamentais ao nascimento do estado liberal: o princípio da tolerância religiosa e o da limitação dos poderes do estado (BALTAZAR, 2009, p.84).

Com caráter superpositivo, as premissas naturalistas comunicavam ideais de justiça e eticidade, elementos presentes na pauta de reivindicações anti-absolutistas, impressas simbolicamente na bandeira dos movimentos sociais da época, a exemplo da revolução francesa. Todavia, com o nascimento do Estado Liberal, período iniciado

imediatamente após a revolução francesa, por influência dos pensamentos renascentistas relativos à crença do super-homem, deu-se a superação do direito natural, então visto como anticientífico e pouco pragmático, em razão de sua elevada abstração e grau de relatividade. O quadro 1 resume esses dois momentos (BALTAZAR, 2009).

Quadro 1: O Direito natural no século XVIII

Período	Marcos
Século XVIII 1º. Momento	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Fortalecimento dos ideais de justiça e eticidade. ✓ Valorização das diretrizes do Direito natural, e conseqüentemente, do jusnaturalismo (elemento de sustentação ideológica dos levantes sociais da época). ✓ Intensificação dos movimentos sociais. ✓ Eclosão de revoluções, com destaque à revolução francesa.
2º. Momento	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Surgimento do Estado liberal pós-revolução. Influência renascentista. ✓ Desvinculo dos movimentos com a ideologia religiosa. ✓ Desvalorização das diretrizes do Direito natural e ascensão do positivismo, contraponto ao primeiro.

Fonte: os autores.

Se de um lado as atrocidades praticadas no Estado absolutista elevaram o jusnaturalismo ao *status* de corrente doutrinária, por outro lado, no século XX, àquelas praticadas nos regimes totalitários foram responsáveis pelo *start* do debate jurídico e político-filosófico acerca do impacto das diretrizes positivistas ortodoxas e seu desvinculo com premissas humanísticas.

Baltazar (2009) ressalta que as bases positivistas se fragilizaram já na metade do século XX

[...] sobretudo após as duas grandes guerras e as experiências do fascismo, do nazismo e do comunismo, de que a legalidade formal poderia encobrir a barbárie levaram à superação do positivismo estrito e ao desenvolvimento de uma dogmática principialista também identificada como pós-positivismo.

Os citados episódios culminaram em releituras dos pressupostos originais de cada escola de pensamento. “O positivismo jurídico foi considerado sustentáculo ideológico dos regimes totalitários no campo do Direito, e mesmo causa de seu surgimento e consolidação” (MACHADO, 2008, p.334).

Atualmente, a roupagem teológica do Direito natural não apresenta a expressão de outrora, conquanto mantenha seus valores norteadores. Em relação ao positivismo, as leituras mais modernas não negam a influência dos valores morais. Apenas os remete a um campo de racionalidade, necessária a uma avaliação mais objetiva.

O Direito natural, modernamente, é considerado pelos jusnaturalistas a diretriz do Direito positivo (GUSMÃO, 2000). Entretanto, esta revisão de literatura (à luz dos sujeitos da pesquisa) o revelou como contraponto do Direito positivo, não obstante historicamente eventos apontem intersecção entre ambos. Cita-se como exemplo, a Revolução Francesa, onde

se observou um movimento de convergência entre o direito positivo e natural quando da promulgação da Declaração dos Direitos do homem e do cidadão em 1789.

Os direitos naturais naquele momento foram positivados, o que corrobora o entendimento de que eventuais zonas de tensão conceituais não tocam a natureza desses objetos.

Para Gusmão (2000, p. 55)

[...] o direito positivo é o direito que depende de manifestação de vontade, seja de uma autoridade seja dos membros da sociedade civil, seja da comunidade internacional, na forma legislada (lei, estatuto, regulamento, tratado internacional etc.), na jurisprudencial (precedente judicial, *case Law*), na consuetudinária (costume), em todas elas, objetivamente estabelecido, enquanto o direito natural é o que independe de qualquer legislador, destinado a satisfazer exigências naturais do homem, como, por exemplo, igualdade e liberdade.

Os direitos fundamentais do homem são reconhecidamente exemplos de direitos naturais, como o direito a liberdade e a vida. Significa que existe uma zona de confluência de escopo entre o Direito positivo e o Direito natural, especificamente no que tange aos Direitos Humanos.

Moraes (2011, p.15) ratifica a identidade e correspondência entre direitos naturais e humanos, à égide do jusnaturalismo.

A **teoria jusnaturalista** fundamenta os direitos humanos em uma ordem superior universal, imutável e inderrogável. Por essa teoria, os direitos humanos fundamentais não são criação dos legisladores, tribunais ou juristas, e, conseqüentemente, não podem desaparecer da consciência dos homens.

Os direitos naturais transcendem a formalidade textual e processual, inerentes a norma escrita, configurando-se como princípios e não como um composto normativo. Como aduz Tavares (2008), a temática comporta desafios, apresentando múltiplos e potenciais recortes. A abordagem adotada

nesse trabalho visou desviar-se de qualquer visão caricata e endógena dessas doutrinas, tendo em vista o volume existente de delimitações temáticas.

2.1.3 Correntes filosóficas e defensores

2.1.3.1 Jusnaturalismo

As escolas de pensamento ou correntes caracterizam-se pela existência de um objeto a ser explorado ou investigado. No caso do jusnaturalismo esse objeto é o Direito natural.

O Direito natural (sem vinculação de denominação) existe desde os tempos antigos, sendo reconhecido, na Grécia, como justiça acima da norma escrita; esta última, produto do livre arbítrio do homem (sujeitando-se às mudanças sociais). Para os gregos, o Direito natural advinha da natureza, o que conferia ao mesmo a propriedade de imutável (OLIVEIRA, 2006).

A escola jusnaturalista sustenta que o Direito natural suporta o Direito positivo, sendo componente fundamental à sua legitimidade, por essa perspectiva. Os adeptos do jusnaturalismo ressaltam a existência de valores morais e existenciais, imanentes ao homem, de alcance universal. Essa escala de valores são, sob esse prisma, anteriores a qualquer direito posto.

Apesar de se configurar como uma corrente de pensamento, observa-se a existência de matizes distintas no que se refere a elaboração do constructo que compõe seu eixo teórico. Os olhares não são plenamente convergentes, mesmo entre os adeptos da escola. A linha mestra sobre a qual a corrente se estrutura é a crença acerca da existência de normas, não necessariamente positivadas, internalizadas pelo homem em face da pressuposição de equidade. Trata-se uma corrente multidisciplinar, edificada sob o olhar jurídico, filosófico e teológico, conquanto seu objeto seja o direito.

O jusnaturalismo lança a ideia do Direito ideal, mas passível de realização (concretude). Assim, não se trata de um conjunto de normas utópicas ou fantasiosas, mas sim, realizáveis.

Bobbio (2000, p. 12) define jusnaturalismo

[...] como doutrina segundo a qual existem leis não postas pela vontade humana – que por isso mesmo precedem à formação de todo grupo social e são reconhecíveis através da pesquisa racional – das quais derivam, como em toda e qualquer lei moral ou jurídica, direitos e deveres que são, pelo próprio fato de serem derivados de uma lei natural, direitos e deveres naturais.

O jusnaturalismo constituiu pressuposto filosófico do liberalismo, que concebia ao Estado poderes limitados (em contraposição ao Estado absolutista), revelando direitos essenciais, inerentes a condição humana, inacessível às instituições estatais (BOBBIO, 2000). O autor argumenta que

[...] todos os homens, indiscriminadamente, têm por natureza e, portanto, independente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de alguns poucos ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade – direitos esses que o Estado, ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detêm o

poder legítimo de exercer a força para obter a obediência a seus comandos devem respeitar, e, portanto, não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte dos outros (BOBBIO, 2000, p.11).

Na antiguidade, esse corpo de normas era considerado ‘verdadeiro’, ‘imutável’ e ‘universal’; dito de outra forma: estático no tempo e no espaço, além de representativo do ‘bem’. A caracterização, entretanto, desconsiderava a evolução dos grupos sociais aos quais as normas indistintamente servem ou se propõem a fazê-lo. A valoração do ‘bem’ é função da capacidade apreciativa da consciência humana. A própria moral representa um conceito móvel, significativamente influenciado pela cultura e instituições. As sociedades são produtos da História, pilares do Direito e demais regras.

A ideia acerca do Direito natural transitou nos pensamentos socráticos, platônicos, adquirindo maturidade no pensamento Aristotélico. Na idade média, o jusnaturalismo convergiu para uma identidade teológica, com fundamento em crenças religiosas. À época, acreditava-se que as normas eram emanadas de Deus e tinham natureza moral, sendo ou não alcançadas pela legislação vigente. Santo Agostinho e São Tomás de Aquino eram precursores desse pensamento (MENEZES, 2008; SANTOS, 2007).

Já na modernidade, o jusnaturalismo incorporou uma preocupação antropológica, reconhecendo o homem como agente de transformação social ativo na intervenção do ambiente legal. Inspirado nesta orientação, Hugo Grotius categorizou o Direito natural em *jus voluntarium* e *jus naturale*.

As normas *jus voluntarium* poderão ter nascente no desejo divino ou humano. Aquelas enquadradas como *jus naturale* são elaboradas pelo homem por iniciativa espontânea, coerente com sua condição gregária. O Direito natural, sob esse último enfoque, lastreia-se na razão e não em fundamentos teológicos, sendo influenciado pelas demandas sociais. Por essa lente, os estudiosos sugerem o senso social como importante fonte do Direito.

Implica afirmar que o direito natural é também produto da ação intelectual do homem, na formulação das regras e posterior adesão. A distinção entre Direito positivo e natural não atinge o sentido semântico do ‘Direito’, restringindo-se a natureza da norma, se mera convenção (não formalizada) elaborada ou não pelo homem, ou regra posta pelo mesmo.

Os preceitos éticos independem de formalização, sendo usualmente reconhecidos pelos povos, por isso, indeclináveis. Ao termo Direito positivo incute-se a ideia de ‘justiça dos homens’ enquanto ao Direito natural, a de ‘justiça natural’.

Apesar das diferenças sinalizadas, Platão e Aristóteles identificavam sinergia (interseção) entre o Direito natural e o positivo. Disseminavam em seus discursos que parte da justiça civil era natural e a outra, fundada na própria lei (mas, baseada no senso de equidade e valores morais). Definiam ‘justiça natural’ como aquela existente em todas as sociedades, produzindo a mesma eficácia. A ‘justiça

lastreada na Lei' tem eficácia relativa, restrita às sociedades onde é posta a norma (aplicável a comunidades políticas específicas). O Direito natural prescreve comportamentos e rege situações que, usualmente, independem do juízo de valor que o sujeito venha a ter sobre as normas advindas (BOBBIO, 1999).

Ao estabelecer essa sinergia, os filósofos admitiam que a expressão Direito abrangava, em sentido lato, a ideia de 'justiça pura' e de regramento positivado como conceitos não necessariamente coincidentes.

O Quadro 1 apresenta uma analogia entre Direito natural e positivo, inspirado na distinção proposta por Grócio (*apud* BOBBIO, 1995, p.20-21):

O direito natural é um ditame de justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme à própria natureza racional do homem, e a mostrar que tal ato é, em consequência disto vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza.

A distinção entre o direito natural e positivo parece depender da referência de valor da qual se apropria o sujeito na interpretação e internalização da norma no campo da consciência.

De fato, as regras do direito natural são acolhidas pela razão (concepção racional da ética) e as do direito positivo pelo conhecimento da norma e coercitividade (VEGAS, 2000).

O Direito, à luz do positivismo clássico, é indiferente às concepções do bem e do mal.

Quadro 2: Analogia entre Direito natural e positivo.

Direito Natural	Direito Positivo
Tem alcance universal e ilimitado, relacionando-se às concepções do 'bem' e do 'mal' (relação dicotômica).	É posto pelo homem (representado pelo Estado). Possui contorno e sistemática de produção normativa bem definida, apresentando rito próprio.
Tem como fonte a consciência moral.	Advém da vontade declarada do legislador.
Espécie (Conceito de maior amplitude.)	Gênero.
Subjetivo. Possui conteúdo abstrato.	Isento das abstrações metafísicas. Objetivo. Em sua versão original avalorativo, neutro, descritivo e impositivo (TAVARES, 2008). Possui conteúdo empírico e meramente instrumental.
É imutável. (Aristóteles não reconhecía a imutabilidade do direito natural no tempo, e sim, apenas no espaço)	É mutável, tendo em vista sua singularidade temporal e espacial.
Estabelece o que é 'adequado', 'bom' para o homem.	Estabelece o que é tido como 'correto' e 'útil' à luz dos padrões sociais predominantes.
Aporta critérios morais e algumas vezes, religiosos.	Adota critérios utilitários, pragmáticos, e algumas vezes, econômicos.
Genérica	Particular, analítica.
Regra superior. Pilar. Talvez fosse mais apropriado usar a expressão 'princípios de conduta norteadores'. Nem sempre o Direito natural foi 'superior' ao positivo. Esse <i>status</i> de superioridade foi observado na Antiguidade. Na idade média, essa gradação foi invertida. Essas regras possuem função diretiva, enfeixando a produção normativa.	Lei derivada.

Fonte: Os autores.

Ainda sobre a diferença entre o direito natural e positivo, São Tomás de Aquino afirmava que a lei natural é igualmente positiva. Segundo o filósofo, a lei humana deriva da natural por conclusão ou determinação.

Diz-se que a lei positiva deriva da natural por conclusão quando toma por base uma orientação lógica (relação causuística): a lei natural repudia o perjúrio, que se repercute na norma escrita.

A lei positiva, derivada por determinação, completa a lei natural em aspectos específicos, tornando viável sua eficácia:

a lei natural estabelece que todo delito é passível de punição, mas não estipula sanções, as quais são alcançadas pela lei humana. Essa forma de derivação toma por base uma situação concreta de aplicação da lei natural.

Os jusnaturalistas clássicos admitem a existência de relações intersubjetivas entre os homens, independentes da estrutura de poder vigente, alheias à concepção de Estado (sociedade política). As características sociais dos grupos na antiguidade parecem corroborar esse argumento. O Estado apenas 'estabilizou', 'formalizou', 'positivou' relações

jurídicas naturais já existentes. Todas as concepções confluem para o que denominamos de DIREITO.

As denominações ‘direito natural’ e ‘direito positivo’ não decorrem de uma classificação, mas sim, de conceitos que apenas denunciam a origem e expressão das normas.

Nesse intento, o Direito natural representa apenas um ‘direito provisório (precário), que tende a ser legitimado (afirmado) pelo Estado, por meio da concreção dos ritos de positivação, tornando-se direito peremptório.

O Quadro 3 confronta as posições doutrinárias.

Quadro 3: Analogia entre o jusnaturalismo e o juspositivismo

Jusnaturalismo	Juspositivismo
Objeto: Direito natural.	Objeto: Direito positivo.
Os valores morais que lastreiam as normas são imanentes ao homem.	Os valores são elaborados pelo homem. A moral é um produto social móvel, dotado de relatividade.
Prevalência do ‘Direito natural’ e seu ideário sobre o ‘Direito positivo’.	Negação do ideário jusnaturalista. Existência exclusiva do Direito positivo.
Adeptos da doutrina: Hugo Grócio, Tomás Hobbes, Samuel Putendorf, Cristian Thomasius.	Adeptos da doutrina: Hans Kelsen e Joseph Raz (ambos adeptos do positivismo radical) - Esses estudiosos defendem em seus textos o isolamento do Direito em relação aos preceitos morais. Segundo eles, a moral não interfere no processo de normatização nem na interpretação da norma posta. A autoridade é reconhecida como fonte legítima do direito. O poder discricionário do julgador restringe-se ao universo das regras e entendimentos já positivados. David Lyons, Jules Coleman e Wilfrid (adeptos do positivismo moderado) - Esses pensadores defendem que os valores morais influenciam o direito, mas, nem sempre de forma decisiva ou eficaz. Partilham o entendimento as convenções morais devem ser consideradas na interpretação da norma, entretanto, refutam a existência do poder discricionário.

Fonte: os autores.

Existem diferentes ‘positivismos jurídicos’, assim como versões distintas do naturalismo (MACHADO, 2008; TAVARES, 2008).

A diferença essencial apontada nesta revisão de literatura entre jusnaturalismo e juspositivismo se funda essencialmente na hierarquia normativa, uma vez que uma modalidade é usualmente colocada como superior à outra (relação espécie-gênero), independente do juízo de valor dos autores e sua identidade doutrinária. As definições apresentadas, geralmente, não tocam a natureza do termo, reportando-se apenas à caracterização vinculada a uma situação histórica (ALVAREZ, 2009; BALTAZAR, 2009; BOBBIO, 1995; DIMOULIS, 2013; DINIZ, 2009; FERRAZ JÚNIOR, 2003; GUSMÃO, 2000; MACHADO, 2008; 2012; NADEN, 2011; RAZ, 2011; TAVARES, 2008; VENOSA, 2009).

A compreensão das confluências e sinergias entre os conceitos são fundamentais ao lineamento e descrição das correntes doutrinárias.

2.1.3.2 Juspositivismo

Os juspositivistas defendem o direito positivo como autossuficiente na consecução dos objetivos de controle, harmonia social e legitimidade. Assim, rejeitam as ideias advindas do jusnaturalismo, negando muitas vezes, a sua própria existência. Essa negação, todavia, não influencia a categorização do Direito. O adjetivo ‘positivo’ permanece, compondo um pleonasma historicamente aceito (ALMEIDA, 2009; BOBBIO, 1999; BALTAZAR, 2009; MACHADO, 2008; RAZ, 2011).

“O positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo” (ALMEIDA, 2009, p.105). Esse ponto de vista diverge da posição doutrinária dos jusnaturalistas que compartilham uma visão dualista do Direito (DIMOULIS, 2013).

O positivismo se estrutura a partir da negação da doutrina jusnaturalista. Se os jusnaturalistas insistem que a autoridade das normas jurídicas seria derivada de uma ordem superior, algum tipo de entidade metafísica que sobrepaira ao direito, os juspositivistas insistem, consensualmente, que a autoridade das normas jurídicas pode ser explicada tendo em vista algum tipo de fato social (TAVARES, 2008, 6066).

Para esses estudiosos, o Direito é uma elaboração eminentemente humana de alcance social, decorrente da vontade do indivíduo, ratificada pela positivação desta. Depreende-se por esta orientação, então, que o Direito corresponde ao

[...] conjunto de regras que são consideradas (ou sentidas) como obrigatórias em uma determinada sociedade porque sua violação dará, provavelmente, lugar à intervenção de um ‘terceiro’ (magistrado ou eventualmente árbitro) que dirimirá a controvérsia emanando uma decisão seguida de uma sanção ao que violou a norma. (BOBBIO, 1999, p.27).

Em sentido de confluência às diretivas positivistas, Batalha (2000, p.234) destaca que:

O Direito natural, como preocupação eterna, não pode ter conteúdos empíricos, variáveis, contingentes, sendo puramente adiafóro e formal. O que se apresenta como Direito natural com conteúdo concreto, nada mais é do que aspiração, tendência à reforma ou justificação conservadora do Direito existente,

elevando-se à categoria de absoluto, universal, supra-empírico o que é contingente, relativo, histórico, cultural, empírico. O Direito natural concreto é, portanto, absolutização do contingente, universalização do relativo, supra-empirização do empírico.

Os juspositivistas jurídicos apreciam apenas aquilo que é passível de observação e experiência. Assim, cumpre salientar que o positivismo jurídico não deriva do positivismo no sentido filosófico, não obstante, como relata Bobbio (1995), alguns adeptos dessa corrente fossem membros do movimento positivista.

O ponto de convergência entre o positivismo filosófico e o jurídico consiste exatamente na rejeição à abstração e considerações metafísicas presentes na caracterização do direito natural em sua versão clássica.

O juspositivismo tradicional ou clássico incorpora uma visão monista do direito no que concerne à produção normativa, papel exclusivo do Estado. Ocorre, porém que o Estado, como entidade abstrata, não é o criador exclusivo das normas, cumprindo apenas a função de condicioná-la dentro da sociedade política, dotando-a de unidade normativa.

O Estado regulamenta as relações interindividuais, de modo a equilibrá-las, harmonizando a coexistência dos seres humanos. Significa que a ele cabe a produção da norma, mas o processo de elaboração demanda conexão e imersão na realidade social, ações essencialmente humanas. Os juspositivistas não negam essa necessidade, mas enfatizam o produto, em lugar do processo.

Fato, valor e norma formam um todo indivisível (REALE, 2009). A estrutura monista confere ao Estado o poder de elaborar o próprio direito, o que justifica a dificuldade dos países *Civil Law* (caso do Brasil) em apreender e respeitar qualquer norma que se origine da sociedade civil (*Common Law*).

A identidade entre Direito e Estado impregna a cultura jurídica brasileira.

O positivismo jurídico não refuta a existência e importância da jurisprudência (reconhecendo-a como fonte do Direito), todavia, a considera como insumo decisório e instrumento lógico – racional de interpretação das normas já existentes (positivadas) (ALMEIDA, 2009; BOBBIO, 2000)

Bobbio (1995, p.224) explica que o aporte das jurisprudências na composição do método jurídico: “[...] consiste no remontar dos signos contidos nos textos legislativos à vontade do legislador expressa através de tais signos”.

Admitindo-se lacunas na lei, a solução do jurista deve guardar coerência com o ordenamento jurídico vigente. Para os positivistas, o Direito é essencialmente dedutivo (método): raciocínio que parte do ‘geral’ em direção ao ‘particular’, da interpretação da norma à conclusão (correlação com a situação fática).

Na solução dos litígios, o magistrado parte da orientação normativa formal em direção a interpretação. O fundamento e conceitos legais relacionados advêm do próprio ordenamento,

não sujeito a discussão. Essa confluência se dá em detrimento do lócus social (realidade).

Aliás, cabe acrescentar, que é o positivismo jurídico que cria a teoria do ordenamento jurídico, visando dar unidade às diversas normas existentes, unindo-as numa mesma lógica e eliminando as incertezas. O ordenamento deveria ser uno, coerente e completo (ALMEIDA, 2009, p.107).

O positivismo desconsidera a intersubjetividade das relações, apreendida apenas no plano da experiência. O discurso positivista clássico encontra-se em descompasso com as demandas atuais, especialmente por força da dinâmica das transformações sociais. Seu formalismo neutro e isento das influências externas, cria hiatos entre realidade e norma. Um exemplo que corroborou essa afirmação foi a lenta resposta do ordenamento posto às demandas geradas com o advento da internet.

Extraí-se disso que, o desalinhamento entre realidade fática e norma tende a comprometer a efetividade desta última, impedindo muitas vezes sua viabilidade aplicativa em relação àquilo para o qual ela foi concebida e dirigida.

Em resposta a essa constatação empírica, observa-se dentro do próprio movimento positivista, tentativas de adaptação da versão teórica tradicional à presença dos valores morais (vetores de influência), segregando os defensores do positivismo em duas categorias principais: positivistas exclusivos e inclusivos (CADEMARTORI, 2006; DWORKIN, 2007; DUARTE; RINCK, 2007; TAVARES, 2008). Ressalte-se a existência de outras classificações.

O positivismo inclusivo reconhece conexão entre o Direito e moral.

[...] o fato de que nos sistemas jurídicos da atualidade o direito e a moral estão interligados, em virtude de dispositivos constitucionais que apelam a valores como a liberdade, a igualdade, etc, não afasta a possibilidade de uma separação conceitual entre essas duas ordens normativas (TAVARES, 2008, p.60-65).

As versões nascentes das linhas mestras de cada escola refletem momentos da história da humanidade, acomodando diferentes teses, as quais migram de uma visão monista tradicional para a dualista (RINCK, 2007).

2.2 Discussão

A validade de uma norma não a torna justa ou moral. Esta é conferida pela legitimação realizada pela autoridade estatal, já o valor provém do indivíduo. De fato, resulta da apreciação da consciência humana. Depreende-se então que, juízos de valor e de validade representam conceitos distintos. Essa distinção estabelece a essência do diálogo entre o juspositivismo e o jusnaturalismo, outrossim, remetendo a conclusão de que nem toda norma é moral, mas sim, dotadas de validade contextual (GARCIA, 2013).

O Direito moderno resulta da repercussão de diferentes motivos, sociais e ideológicos, tolerando as fontes advindas (VIEHWEG, 2006). A ciência jurídica não é hermética,

dialogando e servindo a outras áreas. Sua eficácia e operacionalidade advêm dessa condição.

A concepção de justiça é histórica, ideológica e carregada de visões mundo (MASCARO, 2013). O Estado, como figura abstrata, possui o monopólio formal da produção normativa, ocorre, porém que este é formado por pessoas. Significa que a inteligência humana move essa produção.

O monopólio estatal existe no plano formal ou técnico, mas não no plano conceitual ou natural, sendo receptáculo de diferentes influências. Para os juspositivistas clássicos, o Direito natural se distancia da concepção científica, apresentando forte carga moral (OLIVEIRA, 2006).

Mas, qual o sentido de isolar o Direito da moral, se o próprio julgador utiliza componentes da moral para fundamentar as decisões proferidas? A tentativa de expurgar da norma qualquer forma de valoração cerceia a interpretação, expressão e intervenção do homem, importantes componentes do método científico.

Uma precisión preliminar exige considerar que la normatividad se relaciona con el universo de la ética, em tanto los valores también son un elemento cultural; por tanto, abordar el concepto de normatividad es volver la mirada hacia el ser humano como sujeto cultural (MARALANDA, 2007, p.3).

A própria evolução do positivismo denuncia as restrições da abordagem hermética do ponto de vista social. Reforça essa afirmação a existência de três linhas de pensamentos subordinada ao juspositivismo: eclético, estrito e ético.

O juspositivismo, mesmo privilegiando as regras elaboradas pelo Estado (norma), contemplava seus antecedentes e motivos. Com isso, tratava a norma como decorrente de fatores de ordem moral, religiosos, culturais e valores sociais (fontes externas). Essa abordagem recebe a denominação de eclética porque não desconsidera os fatores ou variáveis externas qualitativas para fundamentar a norma (produto), mesmo que alheias ao Estado (MASCARO, 2013).

Juspositivismo estrito é a abordagem mais referenciada pelos autores por ser 'extrema', desatando a norma de seu contexto gerador. São adeptos dessa diretiva de raciocínio: Kelsen, Norberto Bobbio, Alf Ross, Herbert Hart e Tércio Sampaio Ferraz Júnior (MASCARO, 2013).

O juspositivismo ético nasce, então, da crise ou contestação ao juspositivismo estrito, precisamente da necessidade de se incorporar questões éticas no tratamento do fenômeno jurídico. Essa ética não se reveste de caráter religioso, mas sim valorativa e baseada na justiça social. Partilham essa orientação de pensamento: Ronald Dworkin e Robert Alexy. (MASCARO, 2013; DWORKIN, 2013).

O Direito não é puro ou neutro porque nasce das demandas sociais, servindo à própria sociedade que produziu sua necessidade. Essa característica o torna suscetível à repercussão de variáveis diversas: ideológicas, culturais (modo de pensar e agir, institucionalizados pela sociedade), orientações éticas, políticas, dentre outras (MARULANDA, 2007).

O Direito e a moral possuem zonas de confluência, o que é observado na produção normativa e em seu produto (a própria norma). Essa interseção é empírica, portanto, concreta, tornando infrutífera qualquer esforço de separação ou libertação do Direito em relação a moral.

O Direito não se justifica em si mesmo, mas sim, na concreção da realidade social. Perquerir os fatores que influenciam a norma é verificar sua utilidade frente ao contexto configurado (mutável no tempo).

A diversidade das próprias fontes do Direito constitui argumento contrário ao seu 'isolamento hermético', basta que se lance o olhar para a força da jurisprudência na prática dos operadores do Direito. E o que dizer da influência do Direito autônomo? E o Direito religioso, a exemplo do muçulmano?

O sistema *common Law* é uma realidade em diferentes países, representando um genuíno movimento de emancipação social. Ressaltem-se ainda os movimentos de proteção aos direitos humanos, que apresentam uma perspectiva valorativa expressiva. Essa leitura desafia o positivismo jurídico em suas bases clássicas.

O Direito natural, assim como o positivo, evoluiu ao longo dos anos, gerando hiatos entre as abordagens clássicas e aquelas mais atuais (estas últimas fizeram verdadeiras concessões, visando o ajuste das abordagens à realidade posta).

Uma dessas concepções é o jusnaturalismo histórico que não advoga a tese da existência de um Direito natural imutável e geral, mas sim, de um Direito natural dinâmico, progressivo, histórico e por isso, mutável.

O jusnaturalismo e o juspositivismo não são as únicas correntes de pensamento que buscam definir o escopo do direito. As linhas de pensamento intermediárias têm enriquecido as discussões, convergindo progressivamente para o entendimento de que não se pode negar a presença e importância da dimensão valorativa no mundo da produção normativa.

3 Conclusão

A revisão de literatura empreendida culminou na identificação de zonas de convergência e sinergia entre as abordagens jusnaturalistas e juspositivistas, precisamente entre o Direito natural e objetivo. Essas zonas emergem da perspectiva de análise adotada (posição referencial), que coloca o Direito como conceito agregador.

Como resultado desta pesquisa concluiu-se que:

- O Direito natural entrega ao Direito positivo diretrizes de natureza, moral e humanitária;
- O reconhecimento formal do Direito natural o torna positivo, significando que a positividade é um atributo do Direito, não compreendendo sua natureza; e
- O Direito é uno e é fruto, direto ou indireto, da ação intelectual humana, ainda que imanente a sua natureza.

Observou-se que, em razão de suas características, o jusnaturalismo recebe o rótulo de idealista, todavia, apenas

quando analisado sob o prisma da estrutura normativa. A totalidade dos autores revisados faz menção a esse parâmetro de análise.

Ocorre que o Direito natural, objeto do jusnaturalismo, entrega apenas os princípios norteadores de conduta (âmago) ou esquema moral de interpretação e não as ‘normas acabadas’, como se espera. Sob esse olhar, torna-se lógico posicioná-lo como aquele que direciona a propositura das normas a serem positivadas.

Por essa lente, as regras advindas do Direito natural antecederiam necessariamente a regra (positivada), numa espécie de superposição à norma. Os autores, usualmente, estabelecem uma hierarquia entre o Direito natural e positivo, em lugar de posicioná-los numa linha temporal.

O juspositivismo clássico descola a moral do Direito em níveis distintos, não obstante reconheça que a norma é produto da história e das demandas do meio social. O magistrado, à luz das diretivas positivistas, orienta-se pela noção de equidade, desde que incorporada ao ordenamento (casos previstos na lei).

A autossuficiência do Direito positivo, defendida pelos juspositivistas, não encontra lastro no método jurídico, que hodiernamente mescla dedução (abordagem tradicional) e indução. O Direito nasceu da sociedade e a ela serve. A norma advém das necessidades do homem e das demandas do desenvolvimento social.

O Direito compreende normas e fenômenos jurídicos, sem os quais as normas não fariam sentido. Entende-se que não se pode refutar a existência e importância do Direito natural, posto que seus referenciais contribuíram para o desenvolvimento das instituições jurídicas, humanizando relações e procedimentos.

Analisar o Direito natural como um direito normativo é desnaturá-lo, fazendo-o equivaler ao Direito positivo, conquanto, em algum momento coincidam. A função contemporânea do Direito natural é enfeixar a prática jurídica sob a égide dos elevados padrões de justiça, preenchendo lacunas, ou aparando arestas de normas desprovidas de significado ético, quando ocorrer. O extremismo das escolas produz posições dogmáticas, fechadas a inserções que inevitavelmente induzem à plasticidade das concepções modernas sobre o Direito.

Referências

- ALMEIDA, S.C. O pensamento jurídico moderno e as perspectivas críticas. *Revista Eletrônica de Graduação*, v.2, n.2, p.99-119, 2009.
- ALVAREZ, A.B. Teses básicas do positivismo e suas críticas ao jusnaturalismo. *Revista Lex Humana*, n.2, p.1-39, 2009.
- BALTAZAR, A.H.L. Princípios e regras: uma abordagem evolutiva. *Revista Lex Humana*, v.1, n.2, p.83-105, 2009.
- BATALHA, W.S.C. *Nova introdução ao Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BOBBIO, N. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, N. *Liberdade e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- CHORÃO, M.B. *Introdução ao direito*. Coimbra: Almedina, 2000.
- CICCO FILHO, A.J. Colaboração do jusnaturalismo para o surgimento do fenômeno da codificação e dos direitos universais. *Rev. Jur., Brasília*, v.7, n.75, p.10-17, 2005.
- COSTA, G.L. Existe direito natural? **Âmbito Jurídico**, v.3, n.10, 2002. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4715. Acesso em: 13 abr. 2013.
- DIMOULIS, D. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DINIZ, M.H. *Compêndio de introdução a Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DINIZ, M.H. *As lacunas do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DUARTE, F.C. CADEMARTORI, L.H.U. *O julgamento discricionário na teoria de Dworkin e a polêmica com as concepções Atienza e Aléxy*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 15., Manaus, 2006. *Anais...* Manaus, 2006.
- DWORKIN, R. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DURÁN Y LALAGUNA, P. *Notas de teoria Del Derecho*. Castelló de La Plana: Universitat Jaume, 1997.
- FAGUNDES, T.C.P.C. *Metodologia da pesquisa*. Salvador: UNEB/EAD, 2009.
- FALCÃO, R.B. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- FERRAZ JÚNIOR, T.S. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.
- GARCIA, G.F.B. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Método, 2010.
- GUSMÃO, P.D. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- HERKENHOFF, J.B. *Como aplicar o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- KALSING, R.M.S. Sobre a honestidade jurídica em Kant. *Revista Húmus*, n.4, p.17-29, 2012.
- KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KERSTING, W. *Universalismo e Direitos humanos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- LYRA JÚNIOR, R. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1982.
- SANTOS, I. Tomás de Aquino e o direito à resistência contra o governante. *Revista Ágora Filosófica*, v.1, n.1, 2007.
- TAVARES, R.S. *O positivismo inclusivo*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., Brasília, 2008. *Anais...* Brasília 2008.
- TOZONI-REIS, M.F.C. *Metodologia da pesquisa*. Curitiba: IES-DE Brasil, 2009.
- SECCO, O.A. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SIQUEIRA-BATISTA, R. SCHARAMM, F.R. A saúde entre a iniquidade e a justiça: contribuições da igualdade complexa de Amartya Sen. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, v.10, n.1, p.129-142, 2005.
- STRAUSS, A.; CORBIN, J. *Pesquisa qualitativa: técnicas e procedimentos para o desenvolvimento de teoria fundamentada*. Porto Alegre: Artmed, 2008.
- RAZ, J. *La autoridad del derecho. ensayos sobre derecho y moral*. México: Coyoacan, 2011.

- REALE, M. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RINCK, J.A. Positivismos: uma reflexão conceitual interna sobre Kelsen, Ross e Hart. *PHRONESIS: Revista do Curso de Direito da FEAD*, n.3, p.79-95, 2007.
- MACHADO, H.B. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MACHADO, R.D. Das críticas e dos preconceitos ao positivismo jurídico. *Rev. Fac. Direito UFMG*, n.52, p.329-354, 2008.
- MARULANDA, D.M. Fundamentos para una introducción al derecho. Mendellin: Universidad de Antioquia, 2007.
- MASCARO, A.L. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2013.
- MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MENDONÇA, J.S. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MENEZES, R.R.L. A justiça no pensamento medieval. *Rev. Voxjuris*, v.1, n.1, p.147-169, 2008.
- MORAES, A. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2011.
- NADER, P. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- OLIVEIRA, J.M.L.L. *Introdução ao Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen *Juris*, 2006.
- VEGA, J. *La Idea de Ciencia em el derecho*. Oviedo: Biblioteca Filofia em Español, 2000.
- VERAS, R.R.O.; SÁ, V.B. Semiologia do direito natural: características e apontamentos teóricos. *Âmbito Jurídico*, v.10, n.43, 2007. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4153. Acesso em 13 abr. 2013.
- VENOSA, S.S. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2009.
- VIEHWEG, T. Modernidade e Direito. In: ADEODATO, J.M. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2006.