



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

LUCAS SILVA MACHADO

**A RAZOABILIDADE COMO ELEMENTO DE CONEXÃO ENTRE O
JUSNATURALISMO E O JUSPOSITIVISMO**

FORTALEZA/CE

2018

LUCAS SILVA MACHADO

**A RAZOABILIDADE COMO ELEMENTO DE CONEXÃO ENTRE O
JUSNATURALISMO E O JUSPOSITIVISMO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito, Constituição e ordens jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra

Coorientador: Prof. Dr. Antonio Jorge Pereira Júnior

FORTALEZA/CE

2018

Página reservada para ficha catalográfica que deve ser confeccionada após apresentação e alterações sugeridas pela banca examinadora.

Para solicitar a ficha catalográfica de seu trabalho, acesse o site: www.biblioteca.ufc.br, clique no banner Catalogação na Publicação (Solicitação de ficha catalográfica).

LUCAS SILVA MACHADO

A RAZOABILIDADE COMO ELEMENTO DE CONEXÃO ENTRE O
JUSNATURALISMO E O JUSPOSITIVISMO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito, Constituição e ordens jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra
Coorientador: Prof. Dr. Antonio Jorge Pereira Júnior

Aprovada em __/__/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. Carlos César Sousa Cintra
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. Sídney Guerra Reginaldo
Universidade Federal do Ceará – UFC

A Deus sempre e tudo.

AGRADECIMENTOS

Grátias tibi, Deus, grátias tibi! Ininterrupta, diária, silenciosa, pública e ainda insuficientemente: *grátias tibi, Deus, grátias tibi!*

Aos meus pais, Machado e Fatima, pelo amor e pela entrega de sempre, por nunca medirem esforços para propiciarem as minhas realizações e a minha felicidade. Nenhuma conquista é minha, senão de vocês! Ao meu irmão, Matheus, pela presença verdadeira, pela motivação contínua e pelo apoio inabalável em todos os âmbitos.

À minha noiva, Beatriz, pelo milagre do Amor, pela fortaleza da companhia, pela alegria que sempre me causa, pela renovação da esperança a cada hesitação, pela insubstituível ajuda em perseverar, pela segurança do impossível. À sua família, especialmente Sr. França, D. Márcia, Livia, Vitor, Naninha e Lorena, da qual em breve formalmente farei parte, porém, já o sendo verdadeiramente, é o que sinto pelo carinho, respeito, consideração e torcida de todos desde o início.

Ao meu orientador, Prof. Marcelo Lima Guerra, por quem nutro o mais elevado apreço e orgulho de ter sido aluno e ganhado um amigo. Pelas aulas excepcionais que sempre me surpreenderam pela qualidade e profundidade, fazendo-me vibrar a cada exposição em sala, evidenciando o quanto engrandece o PPGD da UFC e o quanto vale a pena a experiência de ouvi-lo. Pela solicitude desde as primeiras conversas, em logo aceitar a orientação, bem como pelos valiosíssimos encontros que tivemos nesta jornada.

Ao meu coorientador Antonio Jorge Pereira Júnior, pela disponibilidade de sempre ensinar com dedicação e paciência, além da generosidade com que gastou seu precioso tempo em inúmeros encontros neste íterim. Entre palestras, conversas e fixação de diretrizes, fomentou-me não apenas a gana pela investigação acadêmica, mas também pelo aperfeiçoamento pessoal e humano.

Aos professores Sidney Guerra Reginaldo e Carlos César Sousa Cintra, especialmente indicados pelos orientadores, tendo aceitado com admirável prontidão e solicitude participar deste momento tão importante em minha vida.

Aos meus familiares e amigos dos diversos ciclos: aos irmãos do Colégio Militar de Fortaleza; aos colegas da graduação, especialmente os do grupo Tacupall, e de Pós-Graduação que fiz nesses dois anos; ao pessoal do Centro Cultural Alvorada, onde, em um curso há quase três anos, despertou-me o interesse de enveredar pela vida acadêmica; aos meus pares delegados de polícia da Polícia Civil do Estado do Ceará, que, desde a época da

academia de polícia me incentivavam na conciliação da vida profissional com a pesquisa; ao pessoal do prédio; dentre tantos outros que infelizmente poderiam ficar esquecidos.

A todos aqueles que, de qualquer forma, torceram e torcem por mim, pelo meu sucesso pessoal e profissional, e, principalmente, pelo meu bem.

Creonte: E apesar disso teve a audácia de desobedecer a essa determinação?

Antígona: Sim, porque não foi Júpiter que a promulgou; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; nem eu creio que o teu édito tenha força bastante para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, que nunca foram escritas, mas são irrevogáveis.

(Sófocles, Antígona).

RESUMO

Trata-se de pesquisa acerca da razoabilidade como elemento capaz de harmonizar concepções das doutrinas jusnaturalistas e juspositivistas. O embate dicotômico entre teóricos do Direito Natural e do Positivismo Jurídico, nesses termos, ganhou força principalmente a partir das Codificações, tendo assumido nova feição no século XX, de modo que sói entre os autores que tratam do tema uma espécie de rivalidade ou incompatibilidade entre ambas. Nessa época, a ciência jurídica passou pelas transformações do Estado Democrático de Direito, consagrando temas como a proeminência da Constituição e dos direitos humanos, bem como da normatização de princípios jurídicos. Nesse contexto, costumam ser adicionados àquelas doutrinas os prefixos “pós” e “neo” para se reafirmar que não se tornaram obsoletas, senão permanecem frequentes nas discussões entre os teóricos do Direito. Em razão da pluralidade de vertentes intituladas como pertencentes a uma ou outra corrente, o estudo recorta alguns referenciais eminentes de cada uma para sistematizar seus núcleos identificadores, visando-se a elucidar o atual contexto da discussão. Analisa-se, ainda, as deficiências e as contribuições de cada posição para a ciência do Direito, bem como sua repercussão na temática dos direitos humanos. Realiza-se um exame crítico com vistas a esclarecer se tais posições são necessariamente antagônicas ou em que medida é possível enxergar harmonização entre ambas. Resulta dessa tarefa que o estigma da oposição pode ser superado por uma composição a partir de um viés epistemológico e da conceituação de princípios jurídicos como espécie normativa, de modo que exsurge a razoabilidade como papel-chave nessa discussão. Cuida-se de valor ínsito ao fenômeno jurídico, tanto em âmbito teórico como na práxis judicial, o que é evidenciado na fundamentação das sentenças. Opera-se a razoabilidade, inclusive, na conjugação do dilema entre segurança jurídica e justiça na função jurisdicional do Estado. Dessarte, examina-se, sob a ótica da dicotomia versada, a razoabilidade enquanto justificativa racional do Direito tanto em um aspecto teórico, como prático, avaliando-se neste trabalho a sua aplicabilidade com base na jurisprudência brasileira.

Palavras-chave: Razoabilidade. Jusnaturalismo e juspositivismo. Justiça e segurança jurídica. Cognição do ordenamento. Fundamentação da decisão judicial.

ABSTRACT

It is a research about reasonableness as an element capable of harmonizing conceptions of jusnaturalist and juspositivist doctrines. The dichotomous clash between natural law's and legal positivism's theoreticians, in these terms, strengthened mainly from the advent of codifications, assuming a new feature in the twentieth century, so that there is usually among the authors who deal with the subject a kind of rivalry or incompatibility between both. At that time, legal science went through the transformations of the Democratic State, enshrining issues such as the prominence of the Constitution and human rights, as well as the normalization of legal principles. In this context, the prefixes "post" and "neo" are often added to those doctrines to reaffirm that they have not become obsolete, otherwise they remain frequent in the discussions among legal theorists. Because of the plurality of strands titled as belonging to one or another group, the study cuts some eminent references of each one to systematize its identifying nuclei, in order to elucidate the current context of the discussion. It also analyzes the deficiencies and contributions of each position to the science of Law, as well as its repercussion on the human rights theme. A critical examination is carried out to clarify whether such positions are necessarily antagonistic or to what extent it is possible to see harmonization between them. It follows from this task that the stigma of the opposition can be overcome by a composition from an epistemological bias and the conceptualization of juridical principles as normative species, so that it exsurges reasonableness as a key role in this discussion. It takes care of the value of the legal phenomenon, both in the theoretical scope and in the judicial praxis, which is evidenced in the basis of judicial decisions. The reasonableness is also used, in conjunction with the dilemma between legal certainty and justice in the jurisdictional function. It is examined, from the point of view of the mentioned dichotomy, the reasonableness as a rational justification of Law in both a theoretical and a practical aspect, evaluating in this work its applicability based on Brazilian jurisprudence.

Keywords: Reasonableness. Natural Law and Legal Positivism. Justice and legal certainty. Cognition of legal order. Basis of judicial decisions.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	A DICOTOMIA NO SÉCULO XX	16
2.1	Referenciais jusnaturalistas.....	18
2.2	Referenciais juspositivistas.....	23
2.3	Contribuições e insuficiências das correntes na construção teórica dos direitos humanos	28
3	ELEMENTOS DE CONEXÃO ENTRE O JUSNATURALISMO E O JUSPOSITIVISMO.....	37
3.1	Da oposição à composição.....	39
3.2	Conexão pela epistemologia.....	44
3.3	Conexão pela principiologia	51
4	A RAZOABILIDADE NO CONHECIMENTO DO FENÔMENO JURÍDICO	58
4.1	O dilema da conjugação da segurança jurídica com a justiça na função jurisdicional do Estado	60
4.2	Razoabilidade como justificativa teórico-racional do Direito.....	67
4.3	Razoabilidade como justificativa prática na jurisprudência brasileira	73
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	81
	REFERÊNCIAS	86

1 INTRODUÇÃO

A razoabilidade costuma ser empregada na realidade jurídica tanto de forma vulgar e corriqueira em debates envolvendo o Direito como rigorosa e tecnicamente em âmbitos acadêmico e jurisdicional. É que parece se tratar de noção absolutamente necessária e irrenunciável no que diz respeito à definição e à solução de litígios envolvendo direitos. Ademais, trata-se de conceito importantíssimo na conciliação de um dos grandes dilemas da práxis jurídica, qual seja o da conciliação da justiça com a segurança jurídica.

Pesquisar sobre sua essência conceitual e sua natureza jurídica remete ao estudo de duas teses basilares da Teoria do Direito nos últimos tempos, quais sejam o jusnaturalismo e o juspositivismo. É que o aprofundamento na concepção da razoabilidade, enquanto elemento tipicamente jurídico, ou seja, pertencente e caracterizador do fenômeno jurídico, demanda uma aproximação em relação aos termos trabalhados por ambas, na medida em que oferecem subsídios já consolidados na ciência jurídica, sobretudo em suas noções fundamentais.

A discussão acerca dos fundamentos do Direito remonta à Antiguidade, suscitando profundos debates profícuos à sua compreensão, os quais costumam envolver sua relação com a justiça e com a moralidade, além de questionamentos a respeito da legitimidade das regras convencionadas. Em suma, diz respeito à consideração de materiais como jurídicos e à utilização de parâmetros para defini-los como tal.

Não obstante as expressões usadas para se referir à problemática tenham se modificado conforme as diversas culturas e os diferentes momentos históricos, é certo que o tema sempre ocupou um espaço central no estudo do Direito, uma vez que estabelece premissas que podem ser aplicadas a todo o ordenamento, repercutindo nos seus mais variados ramos, bem como, conseqüentemente, na respectiva ordem social e na vida privada daqueles que a compõem.

Uma relevante nuance trabalhada nesse ínterim foi a da legitimidade das regras vigentes em uma sociedade possivelmente associada a uma base natural, a qual percorreu todo esse lapso temporal. Esse matiz aponta para as origens do histórico embate entre as concepções do jusnaturalismo e do juspositivismo, que deu nova roupagem à questão, nesses termos, a partir do final do século XVIII e início do século XIX.

Com efeito, a questão pode ser identificada logo nas concepções clássicas grega e romana, o que permite a Bobbio (1995a, p. 15) afirmar que “toda a tradição do pensamento

jurídico ocidental é dominada pela distinção entre ‘direito positivo’ e ‘direito natural’”. Frise-se que o uso de tais expressões só fora encorpado bem depois, conforme o marco acima referido, porém os conteúdos envolvidos mostram-se como constantes no passar das eras. Já do pensamento de Aristóteles (1984, p. 131), depreende-se que “da justiça política, uma parte é natural e outra parte legal”. As ideias compreendidas, em sentido amplo, no *jus gentium* e no *jus civile* do Direito Romano também corroboram essa constatação histórica.

No período medieval, por exemplo, o tema é vastamente exposto por Santo Tomás de Aquino, o qual classifica os tipos de lei em sua Suma Teológica, dentre os quais trata da lei natural, à qual pertenceriam os preceitos morais (2001, p. 563), bem como da lei humana, que tanto derivaria daquela por conclusões lógicas como serviria para a determinação de modos e medidas de sua aplicação.

Na modernidade, a lei natural ainda é comumente reconhecida, porém passa-se à valorização de um viés antropológico e imanente, de forma a centrar seu fundamento no indivíduo, em sua natureza racional, evitando-se o sentido metafísico-divino patente no momento anterior. Nesse período, marcado pela formação dos Estados e pela secularização, o fortalecimento da ideia de um legislador perceptível ocupa o lugar que era atribuído ao legislador transcendente. Nesse contexto, Sgarbi (2007a, p. 705) menciona que Grotius, Hobbes, Pufendorf, Locke e Rousseau são os “cinco autores que podem ser citados como os mais significativos”.

Com o fenômeno das codificações, ganhou força a identificação do Direito com a produção legislativa, uma vez que a percepção da lei torna-se mais sensível. Nesse momento, a construção de um método científico aplicado ao fenômeno jurídico dá especial atenção à legislação posta, propiciando embasamento e consistência teórica ao advento da doutrina do positivismo jurídico, a qual permanece firme até a Segunda Guerra Mundial, cujas consequências – referentes ao estudo do Direito – reclamaram uma mudança radical no sentido de se tratar a ciência jurídica.

É que a abordagem avaliativa, formalista e essencialmente coercitiva – sob o argumento de “científica” – revelou-se funesta sob a ótica ético-social, bem como ineficiente e temerária sob o ponto de vista do indivíduo. Nessa conjuntura, ressurgiu a doutrina jusnaturalista, a qual vinha recebendo pouca atenção entre os teóricos do Direito, em razão da euforia cientificista propiciada pela visão do juspositivismo, sob a alegação de se tratar de corrente ultrapassada ou obsoleta, a qual não seria condizente com os progressos da ciência.

Esboçado brevemente o itinerário histórico da discussão, permite-se adentrar à investigação da dicotomia consoante tratada a partir do século XX, em que tanto o

jusnaturalismo é revigorado, como o juspositivismo não é definitivamente sepultado, conforme se verá no capítulo seguinte. Em verdade, tal como será esclarecido, não há, *strictu sensu*, unidade teórica rígida em tais correntes, de modo que se admite haver juspositivismos e jusnaturalismos, porquanto, embora as concepções guardem, cada uma, um núcleo de conceitos que permite identificá-las como dois gêneros doutrinários, é certo que há ideias diversas a respeito de cada qual segundo seus expoentes.

Sendo assim, serão estudados no primeiro capítulo autores tidos como eminentes referenciais de cada uma, com o escopo de propiciar um entendimento sistemático da dicotomia tal qual tratada atualmente. Ainda na mesma parte do trabalho, serão analisadas as deficiências e as contribuições de cada uma para a ciência jurídica, particularmente no que toca aos direitos humanos, categoria jurídica que mereceu especial atenção nesse tempo.

Partindo dessas verificações, proceder-se-á no capítulo seguinte a um exame crítico acerca da (in)compatibilidade entre as doutrinas, visando-se a estabelecer critérios em que a conciliação dos entendimentos se mostra impraticável, bem como a investigar em que medida se pode falar em composição entre as posições. Nesse contexto, descobre-se possíveis elementos de conexão entre as teorias, de modo que no trabalho serão explorados especialmente os de cunho epistemológico e aqueles relacionados à teoria dos princípios, os quais servem para a perscrutação da razoabilidade.

Por tratar-se de conceito tão difundido, opta-se por analisá-lo não só sob o viés teórico que vem sendo trabalhado na doutrina especializada, mas também no que diz respeito à sua aplicação na jurisprudência brasileira, o que será feito no último capítulo, passando-se, ainda, pela consideração acerca do ativismo judicial. Dessa forma, o principal problema a ser investigado neste trabalho é: em que medida a razoabilidade serve para a fundamentação das decisões judiciais? Decorrentes dessa questão e vinculados a ela, há ainda os questionamentos específicos sobre: a repercussão neste tema da dicotomia jusnaturalismo-juspositivismo; a possibilidade de composição entre ambas tendo como elemento conector precisamente a razoabilidade; e sua definição teórica e aplicabilidade prática no Brasil.

A metodologia adotada no estudo parte do método histórico para subsidiar o método dialético, com o qual se trabalha primordialmente, sobretudo na verificação de posicionamentos doutrinários sobre os temas cuidados. É que principiar a pesquisa com o estabelecimento de um marco temporal, após uma contextualização histórica do debate, permite que se chegue ao seu objetivo principal, qual seja analisar a matéria concretamente a partir de seus aspectos essenciais para que se articule possibilidades de progresso à discussão tratada.

A matéria é avaliada em cotejo com preceitos de Filosofia do Direito, Teoria do Direito, Epistemologia Jurídica e Direito Constitucional. O estudo se consubstancia através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, de forma a realizar uma análise jurídica também sob a ótica do Judiciário brasileiro.

A pesquisa bibliográfica ocorrerá de forma exploratória por meio de consulta a livros, artigos e produções acadêmicas em geral que possibilitem o aprofundamento no entendimento das questões tratadas. A pesquisa jurisprudencial terá por preferência os julgamentos mais recentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal e também do Superior Tribunal de Justiça que invocam a razoabilidade na fundamentação das suas decisões, sem prejuízo de valer-se, a título ilustrativo, de julgados também antigos, mormente em virtude de se verificar os paradigmas em tais épocas.

2 A DICOTOMIA NO SÉCULO XX

Os debates a respeito do entendimento jurídico para jusnaturalistas e juspositivistas ganharam nova roupagem no último século, reavivando a antiga discussão, agora em outros moldes. Na verdade, foi a partir desse marco que se intensificou o próprio uso da expressão positivismo jurídico e a concepção de antagonismo envolvendo esse referencial teórico e as doutrinas jusnaturalistas.

A ciência jurídica deparou-se com diversas transformações histórico-sociais, dentre as quais os fenômenos do Estado Democrático de Direito, da proeminência do papel da Constituição e da atenção aos direitos humanos, de forma que houve a necessidade de sedimentar conceitos e explorar o estudo do próprio Direito, visando a dar resposta aos desafios mais diversos que surgiam com as novas concepções.

Há que se mencionar, ainda, a evolução dos demais ramos científicos, o que possibilitou mesmo novas abordagens em relação ao fenômeno jurídico. A efervescência científico-tecnológica também colaborou com inovação na forma de lidar, trabalhar, produzir e compreender o Direito.

Não obstante tantos ineditismos, vê-se que a preocupação de ordem teórica e filosófica com o Direito exsurge e invoca para si um pontapé inicial para que as diversas questões jurídicas possam ser enfrentadas, o qual já era buscado há muito, como se viu no itinerário traçado na introdução. É que se trata, em última análise, de examinar minuciosamente “o que é”, “como deve ser”, “qual a finalidade”, “quais as possibilidades”, “o que não deve acontecer”, dentre outros questionamentos basilares a respeito do fenômeno jurídico que, por terem caráter de fundamento de uma construção teórica, hão de ser analisados por quem se propõe a responder àquelas questões.

É nesse contexto que o século anterior contribuiu para a ciência jurídica especialmente no tocante à dicotomia “jusnaturalismo x juspositivismo”. Muitos autores investigaram e produziram conhecimento a respeito dessa discussão precisamente a partir de seus entendimentos referentes àquelas perscrutações fundamentais apontadas.

A apresentação dessas teorias faz-se imprescindível para que se examine a possibilidade de superação do embate dicotômico. Em atenção aos propósitos deste trabalho, por óbvio, não é possível esmiuçar todos os pontos de todos os autores que se propuseram a explorar o tema. Portanto, impõe-se explicar o recorte metodológico deste capítulo, que visa a analisar criticamente tais vertentes.

Acredita-se que a realização de um exame crítico razoável insta que não se fixe em apenas um ponto da controvérsia, mas que se oportunize a verificação de ambos os polos. Assim, optou-se, aqui, por eleger referenciais jusnaturalistas e juspositivistas para que se compreenda a dimensão da discussão em seus diferentes vieses. É que não há um só positivismo jurídico ou uma só doutrina jusnaturalista, dentro das quais há defensores estanques ou mero reprodutores de conceitos já consolidados. Em verdade, as concepções variam conforme o autor e seus objetos de pesquisa. De toda forma, fala-se genericamente de duas “posições” ou “vertentes”, por possuírem uma feição geral que se lhes permite tratar como tal.

Sendo assim, há diversos autores que se intitulam como juspositivistas ou como teóricos do Direito Natural, ainda que entendam o fenômeno jurídico de modos distintos mesmo entre os do mesmo rótulo. Ademais, há juristas que abordam o tema sem se autodenominarem como adeptos a uma das posições, mas que costumam ser classificados pelos críticos como pertencentes a uma delas. Portanto, para fins de delimitação do objeto da pesquisa – que não se volta para a análise de autores específicos, mas para a dicotomia como um todo –, optou-se por tratar de alguns teóricos emblemáticos desse contexto, com vistas à elucidação do quadro. Não se cuida de qualificá-los como os “melhores” de cada posição – o que fugiria da alçada deste trabalho –, mas como juristas que ganharam notoriedade por suas obras nesse campo, de forma que estudá-los permite um sólido entendimento da realidade dicotômica ora tratada.

Dessarte, primeiramente serão analisados autores jusnaturalistas, de modo a se expor suas principais ideias veiculadas no século XX. No tópico seguinte, serão abordadas as visões dos juspositivistas, com o escopo de visualizar os seus entendimentos a respeito do Direito, conforme tratadas nesse tempo. Por fim, buscar-se-á examinar os núcleos doutrinários caracterizadores de tais posições, evitando-se as “caricaturas” usualmente feitas por parte dos críticos de uma em relação à outra, mas buscando suas contribuições profícuas à compreensão da ciência jurídica a partir dos seus elementos típicos.

Essa análise visa a alcançar os elementos de eficiência prática e de justificação teórica de cada vertente, sobretudo no que diz respeito aos direitos humanos, apontando-se, ainda, as dificuldades de cada posição para fundamentá-los suficientemente. Para que se passe à investigação dos critérios que podem ensejar a possibilidade de superação da dicotomia, a investigação realizada neste capítulo pretende verificar em que medida se dá, atualmente, a relação entre as teorias juspositivistas e jusnaturalistas, examinando-se, ainda, as críticas que lhes são direcionadas e sua repercussão na teoria dos direitos humanos.

2.1. Referenciais jusnaturalistas

De pronto, cumpre esclarecer que eleger referenciais jusnaturalistas – e, a seguir, juspositivistas – a serem tratados neste tópico é tarefa árdua pela vasta e qualificada produção de juristas nesse campo. Ademais, existe a dificuldade decorrente de os teóricos do Direito Natural não se referirem aos mesmos problemas ou de tratarem o tema em diversificadas abordagens.

Veja-se que Francisco Puy Muñoz (2014, p. 21-25), ao enfrentar o questionamento sobre quantos jusnaturalismos existem, responde que há vários e referentes a muitos autores, classificando-os, inclusive, em quatorze escolas ou orientações, tendências, métodos ou grupos, quais sejam os jusnaturalismos: dialético, retórico, teológico, intelectualista, utopista, humanista, reformista, contrarreformista, racionalista, historicista, empirista, iluminista, idealista e neoescolástico. Essa lista, por óbvio, não é taxativa, uma vez que as diversas formas de abordar o Direito Natural variam conforme os pontos de vista de cada autor. Cite-se o exemplo de Machado Segundo (2014a), que analisa a temática sob a ótica da biologia e da neurociência.

Em verdade, a polissemia dos termos “direito” e “natural” propicia a multiplicidade de visões a seu respeito. Não por outro motivo, Sgarbi (2007a, p. 692) adverte que “é melhor falar em ‘jusnaturalismos’ do que em ‘jusnaturalismo’”.

De todo modo, inobstante existirem várias configurações das teorias referentes ao Direito Natural, é certo que há uma espécie de núcleo de identidade que permite enquadrá-las como pertencentes a uma mesma classe. Se assim não o fosse, sequer seria possível tratá-las dessa maneira, ou seja, não haveria que se falar propriamente em referenciais jusnaturalistas.

Apesar dos diversos significados e conteúdos que o Direito Natural assume, Miguel Reale (1984, p. 4) aduz que “há nessas variações uma nota comum”. Para Antonio Hernández Gil (1987, p. 161), esse denominador comum consiste em que toda concepção do direito natural tende a subtrair do puro arbítrio individual ou convencional os critérios básicos reguladores das relações de convivência entre os homens, buscando a justiça como expressão ontológico-metafísica do ser, como expressão lógica da razão ou como expressão ética do bem.

Depreende-se das teorias jusnaturalistas que, apesar de suas peculiaridades, comungam da noção de que o Direito não se esgota no ordenamento posto, ou seja, nas leis expressas de uma ordem jurídica. Com base nessa concepção, há uma juridicidade para além

da definida oficialmente, a qual é “dada”, não “criada”, de forma que o conceito de justo não depende de deliberação ou vontade humana, mas da ordem que lhe é conferida pela lei natural.

Assim, os expoentes jusnaturalistas do século XX que serão tratados a seguir não negam a legitimidade ou mesmo a necessidade do ordenamento positivo, entretanto, consideram que o fenômeno jurídico não se exaure neste. O conceito de justiça é bastante utilizado pelos teóricos do Direito Natural para fundamentar seus entendimentos, argumentando-se que o ato volitivo de criação legislativa não é suficiente para a determinação do justo. Não é que se rejeite sua aplicabilidade, senão se sustenta que a definição do que é direito não é satisfeita exclusivamente pelas normas convencionadas em uma sociedade.

Em verdade, conforme tal visão, é precisamente a noção de justiça como inseparável da ideia de Direito que é invocada para se perceber a juridicidade natural – dada – , uma vez que o ordenamento jurídico expresso – pactuado ou imposto – não garante, por si só, a existência de normas justas.

Acerca dessa percepção do Direito Natural, aduz Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 105) que funciona “atuando, a um só tempo, como método de conhecimento e como modelo do Direito positivo. Seu objetivo é realizar a noção de justiça, à qual historicamente tem servido em constante regularidade”.

Nesse contexto, para os jusnaturalistas, a constatação de uma lei natural existente independentemente do alvedrio do homem evidencia que o direito positivo não compreende a integralidade do fenômeno jurídico. Assim como há leis da natureza – dadas, não humanamente criadas – nos campos da física, da biologia, da matemática, os teóricos do Direito Natural vislumbram que o mesmo ocorre na realidade jurídica.

Dessarte, normas positivas injustas consistiriam em um absurdo exatamente pela impossibilidade – natural – de o Direito não corresponder à justiça, de modo que não seria lícito, legítimo ou mesmo lógico ao homem criar leis que contrariem tal ideia. Assim, o Direito Natural serviria de suporte e de orientação para os ditames legais a serem postos em uma sociedade.

Essa verificação tornou-se célebre na “fórmula” de Radbruch (1979, p.64), o qual assevera: “por mais esforços que se tenham feito, não foi ainda possível até hoje justificar a vigência dum direito positivo, quando indubitavelmente reconhecido como injusto”. Esse jusnaturalista alemão, em meados do século XX, levanta a questão acerca da validade de uma lei notadamente injusta.

Tal questionamento revela um intrigante imbróglio possível envolvendo o direito vigente, afinal, trata-se, por um lado, de uma norma expressa reconhecidamente aplicável em sociedade, a qual pugna por segurança jurídica, conforme expectativa gerada por aquela lei. Por outro lado, cuida-se de situação flagrantemente aberrante, uma vez que é inconcebível a noção de direito injusto.

Radbruch pode ser considerado um referencial jusnaturalista na medida em que expõe a dicotomia colocando um parâmetro real não positivado – a justiça – para o direito positivo, sob pena de este não ser considerado material jurídico. Sem refutar a validade e a obrigatoriedade das normas postas, o alemão apresenta situação em que uma lei manifestamente injusta não há de subsistir em uma ordem jurídica, ou seja, em que não compõe o Direito vigente uma regra intolerável sob o ponto de vista da justiça.

Ao tratar das objeções usualmente levantadas contra a “fórmula de Radbruch”, em razão da dificuldade de se determinar o alcance de termos como “injustiça extrema”, Robert Alexy (2014, p. 361) esclarece que não é qualquer alegação genérica de injustiça que seria capaz de anular a essência jurídica do direito positivo, senão a hipótese em que a justiça é nitidamente violada, uma vez que o ordenamento posto resguarda valor fundamental para o Direito, qual seja a segurança jurídica.

Sustentando sua importância teórica e prática, Alexy defende que a fórmula não se enquadra no campo da “mera subjetividade”, tão somente pelo fato de o conceito de “injustiça” não ser inexoravelmente definido, argumentando que grande parte dos termos jurídicos enfrentam a mesma problemática e, nem por isso, deixam de ser utilizados. Nesse contexto, Alexy (2014, p. 362) – citado neste momento embora não seja propriamente um teórico do Direito Natural – aduz que “o que é decisivo é somente se a aplicabilidade de um conceito pode ser discutida racionalmente. Esse é o caso do conceito de injustiça extrema, bem como de vários outros conceitos de direito”.

Em artigo que responde a um ponto específico da teoria de Alexy, o jusnaturalista John Mitchel Finnis também alude à fórmula de Radbruch, asseverando que as leis injustas, embora possuam uma “validade intra-sistêmica”, não se constituem como razões juridicamente autênticas, embora consistam em um fato importante a ser considerado em sociedade (2014, p. 107).

A teoria jusnaturalista de Finnis apoia-se na existência de princípios práticos que apontam para bens básicos a serem buscados e realizados, conhecidos pela inteligência humana, o que permite a formulação de um conjunto de padrões morais gerais e justifica o exercício da autoridade na comunidade (2007, p. 35). Ao analisar referida construção teórica,

Sgarbi (2007b, p. 664) expõe que “Finnis pretende demonstrar que o Direito é mais do que a lei, e que os valores não podem ser considerados tão-somente no âmbito da subjetividade dos indivíduos, porque, segundo afirma, são eles passíveis de uma discussão racional”.

Sendo assim, a possibilidade racional de se reconhecer a justiça como parâmetro jurídico necessário é vista pelos jusnaturalistas como evidência de que o conteúdo do Direito não é definido tão somente por ato de livre criação humana, mas por regras pré-definidas – como a própria relação direito-justiça – que orientam a definição do que é justo.

Nessa linha de raciocínio, a capacidade de refletir a respeito de uma lei injusta já é pressupor que há algo para além da norma posta que lhe serve de parâmetro jurídico, ou seja, é reconhecer que o direito positivo deve estar em consonância com algo, não sendo suficiente por si mesmo. Nos dizeres de outro teórico do Direito Natural, Javier Hervada (2008a, p. 84), “admitir uma lei positiva injusta ou incorreta supõe um critério de avaliação, superior e preexistente à norma, em relação ao qual pode ser feito um juízo de justiça ou incorreção”.

Na compreensão jusnaturalista, a abertura para a análise de uma norma positiva sob padrões de justiça corrobora a existência de uma juridicidade natural, na medida em que esta demonstra o direito independentemente da lei expressa. O Direito Natural, nesta senda, é tido como um suporte para o Direito Positivo, encontrando este seu fundamento de validade naquele.

Nesse sentido, ocorre com o Direito o mesmo que se dá com outras realidades culturais, na medida em que estas acontecem a partir de dados naturais. O ordenamento positivo, enquanto produto da cultura humana, não se coloca de qualquer modo ou sem balizas, senão segundo os padrões, pré-existentes, que lhe dão sentido. Por esse motivo, o fenômeno jurídico não consiste em instrumento amorfo a ser moldado conforme a vontade de quem o torna vigente, mas é ferramenta cuja serventia específica e inevitável diz respeito à justiça.

Com isso, os jusnaturalistas não afastam a necessidade do direito positivo, tampouco ignoram sua possibilidade de inovação no ordenamento vigente. Na verdade, reconhecendo ambas as realidades como componentes de uma mesma ordem jurídica, preceituam que a norma positiva deve ser gerada a partir da lei natural. Não é que a lei posta se reduza à reprodução de ditames de Direito Natural, uma vez que ambos possuem princípios e métodos de conhecimento específicos, conforme suas essências.

Por tal razão, o citado jusfilósofo espanhol (2008b, p. 192) refere que há uma unidade entre o direito natural e o direito positivo, na medida em que ambos integram um mesmo sistema jurídico, dotado, portanto, de duas partes. Essa ideia já era prevista no

pensamento aristotélico, conforme aponta Abril (2001, p. 110), ao mencionar que o grego expunha a existência tanto do justo que decorre da natureza, como do que não tem esse caráter. Ocorre que a decodificação de seus conteúdos ocorre de maneiras distintas, em razão de suas peculiaridades.

Não é que as normas promulgadas sejam meros veículos de regras de Direito Natural, mas este funciona como base para aquelas, cujas possibilidades são múltiplas. Para os jusnaturalistas, a liberdade da criação legislativa não é comprometida pelo ordenamento pressuposto, senão aperfeiçoada e legitimada por este, evitando-se, dessa forma, eventual absurdo como o mencionado, qual seja a de uma legislação injusta.

Trata-se de enxergar o Direito vigente sem se restringir ao foco da lei expressa, o que, para os jusnaturalistas, consistiria em identificar o fenômeno jurídico como mero ato de poder. A investigação a respeito dos direitos naturais mostra-se, outrossim, como uma análise que reconhece um sentido inevitável para o ordenamento, de modo que as convenções normativas hão de ser geradas segundo uma orientação dada naturalmente.

Essa “descoberta” fora reforçada no último século com o advento, nestes termos, da teoria dos direitos humanos, cuja figura, segundo o jusnaturalista Michel Villey (2007, p.3), é “tirada da filosofia da Escola do Direito Natural”. Com efeito, sói entre os autores tratados neste tópico a atribuição do sistema normativo dos Direitos Humanos como corolário da doutrina jusnaturalista. No mesmo sentido, Ives Gandra da Silva Martins (2010, p. 88), ao referir que “os direitos fundamentais são direitos humanos naturais”, embora afirme estar ciente não ser essa a “posição dominante”.

Explicando essa associação entre direitos humanos e Direito Natural, Beuchot e Saldaña (2000, p. 74) expõem que a relação se manifesta, precisamente, no fato de aqueles serem anteriores à lei positiva, preexistindo em relação ao Estado e à autoridade que dele emana. Dessa forma, consistem em direitos radicados na natureza humana, prescindindo de consentimento e de consenso, daí falar-se no caráter de indisponibilidade desta categoria jurídica.

Na mesma linha de raciocínio, Souza e Pinheiro (2016, p. 135) afirmam que os direitos humanos “tiveram sua explosão exatamente em contextos de violação do justo natural pelo Estado e pelas autoridades, que usaram o poder e a força sem observar critérios de bem comum”. Por óbvio, os autores se referem aos abusos institucionais cometidos pelos estados totalitários no início do século ora tratado, em que o ordenamento expresso da época respaldava ações estatais posteriormente tidas como inadmissíveis.

Como resposta à evidente crise jurídica instaurada diante dessa situação, as teorias relacionadas à temática dos Direitos Humanos passaram a ocupar as principais discussões tocantes à ciência jurídica. Dentre as possibilidades de explicações para fundamentar esta categoria de direitos, a visão jusnaturalista revela-se como argumento que dá resposta à prescindibilidade de reconhecimento institucional para sua proteção, à universalização e à derivação direta da condição de pessoa.

Embora não seja unânime tal concepção, ou mesmo majoritária, reconhece-se a importância que esse entendimento propicia ao enfrentamento de novos desafios referentes à temática dos direitos humanos, como sua fundamentação racional e o contraponto que envolve o seu caráter universal diante da realidade do multiculturalismo.

2.2. Referenciais juspositivistas

O positivismo jurídico, conforme mencionado alhures, fora fortemente criticado após o fim da Segunda Guerra, mormente sob o argumento de esta doutrina ensejar uma suposta permissão aos sistemas nazifascistas de moldar a ordem jurídica de forma a legitimar suas arbitrariedades.

Ocorre que, assim como acontece em relação aos referenciais jusnaturalistas, deve-se mencionar que o termo juspositivismo não é unívoco, de modo que se faz necessário esclarecer o alcance de seu conceito para que se trace um panorama da dicotomia ora tratada no século XX. Não obstante tais críticas ao modelo juspositivista, não se pode asseverar que se cuida de uma doutrina ultrapassada, uma vez que ainda se faz presente nas abordagens filosóficas e epistemológicas concernentes à ciência jurídica. Nos dizeres de Norberto Bobbio (1995, p. 12), “apesar de toda água que passou sob as pontes do positivismo jurídico, os pilares centrais resistiram”.

Aqui, aplica-se o mesmo que para as vertentes do Direito Natural no que se refere à pluralidade semântica: ainda que as versões variem, é certo que há um fator essencial a ensejar sua classificação em um mesmo gênero. Machado Segundo (2016, p. 81) aduz que, reconhecendo haver “várias correntes agrupadas sob o genérico e abrangente rótulo do positivismo, sabe-se que um dos pontos de convergência entre elas, notadamente em relação ao positivismo jurídico, é o ceticismo axiológico”.

Nessa concepção, tem-se que o juspositivismo consiste em segmento de um fenômeno mais abrangente, precisamente o “positivismo”, de forma que aquele seria a repercussão deste na seara jurídica. Isso se faz possível em razão de a visão positivista da

ciência estar pautada na objetividade de métodos e critérios, em detrimento de uma compreensão subjetivista ou valorativa a respeito de conceitos científicos.

Seguindo essa metodologia, Hans Kelsen sustenta sua Teoria Pura do Direito, expressão clássica do juspositivismo do século anterior, na tarefa de tratar o fenômeno jurídico com matizes de exatidão, próprios de um empreendimento científico, de modo a compreender, objetivamente, a realidade apresentada. Assim, não faria parte de sua investigação referente à ciência jurídica o questionamento a respeito de como este deveria ser, uma vez que se partiria, assim, para a subjetividade própria da política, fugindo, conseqüentemente, de seu objeto de estudo, qual seja teorizar, unicamente, o Direito – positivo.

Nos dizeres do próprio jurista alemão (1998a, p. 1) acerca de sua teoria, esta pretende “única e exclusivamente conhecer seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deveria ser o Direito, ou como deve ele ser feito”.

Em sua linha de raciocínio, Kelsen reconhece a conexão do Direito com múltiplas disciplinas como a psicologia, a sociologia, a ética ou a política, entretanto, pretende tratá-lo “puramente”, ou seja, tal qual o é, dissociado de tais disciplinas. Delimitando no direito positivado a essência da ciência jurídica, exclui-se de seu objeto considerações de ordem meramente deontológicas ou subjetivas.

Nessa tomada de posição, Kelsen estabelece que o estudo da ciência jurídica volta-se exclusivamente para a análise da legislação expressamente vigente, não havendo que se cuidar de valorações a seu respeito, sob pena de já não se estar sob o pálio da teoria do Direito. Portanto, o objeto teórico deste ramo científico se confunde com as normas institucionalmente postas, de modo que discussões críticas ou considerações axiológicas referentes ao conteúdo de tais normas fariam parte de outros campos da ciência.

Com efeito, o jusfilósofo austríaco identifica o fenômeno jurídico com o ordenamento estatal, de modo que o direito é faceado sob um viés puramente institucional, não estando vinculado à concepção de justo, tampouco de critérios relacionados à moralidade. Em suas palavras, “do ponto de vista de um positivismo jurídico coerente, o Direito, precisamente como o Estado, não pode ser concebido senão como uma ordem coerciva de conduta humana – com o que nada se afirma sobre o seu valor moral ou de Justiça” (idem, p. 353).

Ademais, em seu entendimento, a validade de uma norma jurídica independe de seu conteúdo, na medida em que essa concepção diz respeito ao seu reconhecimento

institucional. Conforme afirmado por Kelsen (idem, p.242), “a nenhuma ordem jurídica positiva pode recusar-se a validade por causa do conteúdo das suas normas. É este um elemento essencial do positivismo jurídico”.

Outro autor tido como clássico dentre os juspositivistas do século passado é Herbert L. A. Hart, cuja visão não se coaduna exatamente com a de Kelsen, porém pode ser assim classificado em razão do fator essencial que determina o gênero. Hart (1986, p. 202) entende o “Positivismo Jurídico com o significado da afirmação simples de que não é em sentido algum uma verdade necessária que as leis reproduzam ou satisfaçam certas exigências da moral, embora de fato o tenham frequentemente feito”.

Nesse entendimento, Hart toca ainda um ponto importante da divergência comumente atribuída entre jusnaturalistas e juspositivistas, qual seja a da conexão entre Direito e Moral. Para o autor britânico, conteúdos morais e jurídicos muitas vezes se entrelaçam, porém não há uma interferência necessária nesta relação, de modo que os parâmetros de moralidade não têm o condão de determinar o material jurídico.

Assim, em direção contrária ao disposto na citada “fórmula de Radbruch”, Hart (1986, p. 228) expõe que “pode ser reivindicado a favor da doutrina positivista simples que as regras moralmente iníquas podem ainda ser direito, e que tal não mascara a escolha entre males que, em circunstâncias extremas, pode ser feita”. Embora não consista em uma resposta propriamente direcionada ao preceito do jusfilósofo alemão, tem-se que a definição de Hart expõe uma referência positivista marcante nessa questão.

É que Hart assume a possibilidade de se considerar jurídico um material institucionalmente vigente, ainda que se trate de regra indesejada sob o ponto de vista da moralidade. Uma digressão a respeito do estudo da Moral extrapolaria os propósitos deste trabalho, de modo que fixar tal premissa concernente ao pensamento do jusfilósofo britânico faz-se suficiente para estabelecer uma marca significativa da compreensão positivista aplicada ao Direito, qual seja o reconhecimento de que a moralidade não é determinante para a juridicidade. Veja-se que, nesta linha de raciocínio, nada obsta a interseção entre conteúdos morais e jurídicos, entretanto, tal simbiose não ocorre de forma necessária ou condicional, senão prescindível e acidentalmente.

Notável para a elucidação do conceito de positivismo jurídico também foi a contribuição de Norberto Bobbio, que frisa sua independência em relação ao positivismo filosófico, argumentando que aquele não deriva deste, mas sim “da locução direito positivo contraposta àquela de direito natural” (1995, p. 15). Neste ponto, Bobbio já aponta para a

existência da dicotomia ora investigada, em termos de oposição e antagonismo entre ambas as correntes.

Partindo provisoriamente da ideia de que o positivismo jurídico consiste na “doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”, Bobbio (1995, p. 119) conclui que esta vertente deve ser discriminada em três aspectos, quais sejam: i) método para o estudo do direito; ii) teoria do direito; iii) ideologia do direito (idem, p. 234). Para o italiano, as três feições não se implicam mutuamente, ou seja, a título de exemplo, o método positivista pode ser aplicado, ainda que não haja adesão à ideologia juspositivista.

A compreensão do juspositivismo, para Bobbio, é avaliativa em relação ao direito, tratando-o de forma ontológica e neutral. Em suas palavras (idem, p. 140), “o positivismo jurídico dá uma definição do direito estritamente fatural”. Assim, cuida-se de visão que não pretende valorar o fenômeno jurídico ou analisá-lo como deveria ser, senão verificá-lo tecnicamente, tal como o é e se mostra na realidade.

Ainda na visão de Bobbio, o positivismo jurídico pode ser considerado como um “modo de aproximar-se do estudo do direito e, em particular, como aquele modo que, prescindindo de todo juízo de avaliação, volta-se para o direito como fato histórico e social e estuda-o com metodologia científica” (2016, p. 171), assumindo que, nesses termos, o juspositivismo guarda relação com o positivismo filosófico. Isso porque enxerga que se aplica o método do positivismo filosófico para a análise do direito posto.

A partir dessa consideração, entende-se que o citado ceticismo comumente atrelado ao positivismo jurídico consiste na posição de indiferença em relação ao dever-ser do Direito. Isso porque a abordagem juspositivista preocupa-se com o fenômeno tal como colocado, não o avaliando hipoteticamente. Não é que os juspositivistas ignorem a possibilidade de se valorar o ordenamento jurídico ou fazer-lhe ponderações deontológicas, mas, para os defensores dessa corrente, tal viabilidade não corresponderia ao estudo teórico do direito em si mesmo, senão de perspectivas concernentes a outras disciplinas.

Importa ainda mencionar o referencial juspositivista de Joseph Raz, para quem a definição de Direito está diretamente ligada ao fenômeno político. Na visão do israelita, que fora influenciado por H. L. A. Hart, “o direito é um aspecto de um sistema político, seja ele um Estado, uma igreja, uma tribo nômade ou qualquer outro. Sua existência e sua identidade são limitadas pela existência e pela identidade do sistema político do qual ele faz parte” (2012, p. 281).

Nota-se que, para Raz, há uma relação necessária entre os conceitos de juridicidade e autoridade, na medida em que o sistema jurídico depende de uma formação

política a lhe dar sentido. Assim, o direito existe enquanto estão vigentes determinadas normas de uma organização política, de modo que alterações neste campo repercutem absolutamente naquele.

Nesse sentido, a atuação dos órgãos jurisdicionais estaria vinculada, de forma obrigatória, ao sistema jurídico politicamente posto, ou seja, a aplicação do direito pelos tribunais, em última análise, seria uma atividade eminentemente política, uma vez que, segundo Raz, “o direito é um elemento na organização política da sociedade” (idem, p. 282).

O jusfilósofo israelita sustenta que o conceito de direito consiste em algo local, uma vez que se revela como produto de uma civilização determinada (2007, p. 74). Assim, a juridicidade corresponderia ao que é estabelecido institucionalmente no âmbito político, de modo que não haveria que se considerar algo jurídico fora dessa esfera, de modo que o conteúdo do Direito, tal como as diversas realidades culturais, variam conforme as práticas e costumes de cada sociedade.

Vê-se que, conforme frisado inicialmente, o termo positivismo jurídico comportaria diversas compreensões, a depender dos autores que tratam do tema. Em apertada síntese, percebe-se que as concepções dos referenciais ora trabalhados, embora possam ser considerados – e o são – como juspositivistas, não são idênticas, uma vez que a abordagem ocorre de diversas formas.

Note-se, por exemplo, o que fora apontado a respeito da teoria de Kelsen, qual seja a possibilidade de analisar o direito puramente, tal como é, não como deveria ser. Hart, por sua vez, coloca a discussão juspositivista em termos da relação entre Direito e Moral. Já Bobbio traz formas diferentes de encarar o próprio positivismo jurídico, como: método, teoria ou ideologia. Finalmente, Raz expõe sua visão juspositivista ao considerar a associação entre o sistemas jurídico e o político.

As principais teses do positivismo jurídico, conforme referido por Sgarbi (2007a, p. 716) dizem respeito ao direito como produto da atividade humana e como realidade que impõe obrigações, as quais diferem daquelas relacionadas à moralidade. É que, na visão juspositivista, o fenômeno jurídico restringe-se ao que é criado humanamente, ou seja, ao que é posto institucionalmente. Essa imposição corresponde à determinação de regras, que vinculam aqueles que lhes estão sujeitos, de modo que a positivação corresponde ao próprio processo de tornar algo jurídico.

Ademais, a compreensão juspositivista não coloca uma relação necessária entre deveres jurídicos e morais, de forma que estes corresponderiam a gêneros diferentes que podem apresentar uma intersecção, porém de forma incidental, não essencial. Em outras

palavras, a determinação o que faz parte do Direito não corresponderia a uma atenção à Moral, visto que possuem naturezas distintas, que não se implicam mutuamente em termos de obrigatoriedade.

A atividade legislativa, seja qual for sua organização, nesse sentido, corresponderia a todo o processo de criação do Direito, de modo que o objeto da ciência jurídica não poderia estar fora desse âmbito. Assim, a investigação científica a respeito do Direito representa uma atividade descritiva acerca das normas expressas de uma sociedade, de modo que considerações prescritivas ou críticas estariam excluídas de uma análise propriamente jurídica.

Por esse motivo, o positivismo jurídico é comumente atrelado a uma ideia de neutralidade em relação aos direitos vigentes em uma sociedade, visto que não busca uma abordagem valorativa das normas, senão um entendimento do Direito independente das conexões multidisciplinares que estão ínsitas à sua praxe. Dessa forma, a preocupação do juspositivista volta-se para o estabelecimento do conteúdo verdadeiramente jurídico, pertencente ao objeto de uma ciência própria e específica.

Com isso, permite-se perceber a essência do que é usualmente referido na doutrina como positivismo jurídico no século XX. Conforme já asseverado, não há uma conceituação unívoca, porém tais considerações funcionam como cerne de tal corrente, em torno do qual orbitam as referências que lhe são feitas.

2.3. Contribuições e insuficiências das correntes na construção teórica dos direitos humanos

Firmados os sinais identificadores de cada vertente a partir de eminentes referenciais de cada uma, a despeito da pluralidade de teses doutrinárias classificadas como pertencentes aos gêneros teóricos ora investigados, permite-se seguir para o exame de seus frutos para a ciência jurídica no último século.

Malgrado o teor da discussão não seja propriamente uma novidade para a época, uma vez que vários de seus preceitos já eram há muito discutidos, é certo que novos moldes e considerações ocorreram, trazendo novas concepções ao debate e aprofundando no conhecimento do Direito. Além disso, exurgiram novas objeções argumentativas envolvendo tais considerações.

Dessarte, serão analisadas tanto os relevantes subsídios teóricos proporcionados pelas doutrinas situadas na dicotomia neste novo momento, como as críticas que lhes são

apontadas. Assim, a discussão parece não ter sido finalizada, uma vez que permanecem em aberto manifestações que as têm por deficientes, não havendo, entre juristas um consenso a seu respeito.

Para tanto, importa cotejar rigorosamente os seus respectivos núcleos caracterizadores, não se tendo por enfoque uma comparação entre teorias particulares de autores, uma vez que, conforme já dito, em meio às próprias correntes tomadas individualmente, há várias espécies teóricas que não se identificam umas com as outras. Por isso fez-se necessário estabelecer referenciais jusnaturalistas e juspositivistas sem aprofundar minuciosamente em obras autorais, senão visando-se a fixar a essência de cada corrente doutrinária.

Como se percebe, embora a questão ora versada pareça pautar-se em um plano teórico e abstrato, é certo que suas repercussões são realmente práticas, sobretudo em razão de sua possibilidade de justificação dos direitos humanos, com a conseqüente aplicabilidade na fundamentação de sentenças judiciais, que é o cerne deste trabalho.

No hodierno momento da ciência jurídica, em que os Direitos Humanos ocupam papel de proeminência, a discussão acerca de seu embasamento constitui-se como fator que reverbera em toda a ordem jurídica. Na visão de Sgarbi (2007a, p. 719) a respeito do estabelecimento da diferença entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, “para a teoria do direito isto faz toda a diferença”.

A tarefa ora tencionada propõe-se a analisar tanto as suas contribuições efetivas para a ciência jurídica como suas possíveis falhas, levando-se em consideração, neste ponto, as próprias objeções comumente apontadas. Dessarte, verifica-se de que forma juspositivistas e jusnaturalistas respondem às principais questões acerca do fenômeno jurídico, evidenciando-se as concepções que são prontamente aceitas, bem como aquelas que suscitam maiores divergências na discussão, gerando a polarização ora examinada.

A partir dessa ponderação, pode-se investigar em que medida as versões da dicotomia oferecem subsídio ao entendimento dos direitos humanos, com vistas a elucidar sua repercussão teórica neste assunto tão caro à ciência jurídica. Com isso, pretende-se amparar a análise da possibilidade de superação, a ser realizada no capítulo seguinte.

No que diz respeito à observação das contribuições de cada corrente, Bobbio (2016, pp. 186-187) toca nos principais pontos de proficuidade da teoria positivista assim comumente entendida no século XX. Com base no que fora exposto pelo italiano, tem-se que a concepção positivista que enxerga o Direito como ato de vontade e de comando do soberano

político permite uma valorização da lei, em detrimento de meros costumes ou do direito produzido de modo jurisprudencial.

Essa contribuição, com efeito, revela um fortalecimento do senso de segurança jurídica, uma vez que a lei posta, enquanto comando estatal, passa a ter um caráter sensível e imanente, de forma a facilitar a argumentação acerca de discussões jurídicas. Em relação à compreensão do ordenamento jurídico, o juspositivismo, nas palavras de Bobbio, “elaborou e defendeu incansavelmente o dogma da completude (falta de lacunas) e, em via secundária, também o dogma da coerência (falta de antinomias)” (idem, p. 187).

O positivismo jurídico mostra-se, como se vê, como uma abordagem que valoriza efetivamente a segurança proporcionada pela observância à legislação. Pauta-se na ideia de que a regulação legítima em uma comunidade é precisamente aquela posta institucionalmente, reconhecida como oficial, de modo a garantir a ordem social. Dessa forma, o atendimento ao Direito se perfaz na atenção aos ditames legais, ou seja, a invocação de razões para a resolução de litígio que envolve direitos há de se pautar no ordenamento expreso.

A doutrina juspositivista, portanto, oferece à ciência jurídica uma resposta segura para o problema das omissões legislativas e dos conflitos de normas. Consoante sustentado por Bobbio (1995b, p. 35), “todo ordenamento jurídico, unitário e tendencialmente (se não efetivamente) sistemático, pretende também ser completo”. Essa visão pauta-se na ideia de que as regras que compõem o ordenamento foram um sistema uno, como uma única ferramenta, de modo que algum defeito aparente – seja antinomia, seja lacuna – é resolvido dentro do próprio ordenamento, através da hierarquia de normas.

Por sua vez, o jusnaturalismo revigorado no século XX conferiu à ciência jurídica a noção de que o ordenamento jurídico deve estar orientado para a consagração de valores que reconheçam a dignidade humana e reafirmem a dimensão prescritiva do Direito. Com a contínua utilização de princípios como normas jurídicas, tem-se que a argumentação acerca de direitos flexibiliza-se no sentido de não se fixar nas normas como são, mas também em como elas devem ser.

A ideia de cidadania em relação ao que se convencionou chamar por Estado Democrático de Direito passou observar a máxima segundo a qual a pessoa é titular de direitos propriamente em razão de sua natureza humana. Por mais óbvia que possa parecer tal afirmação, cuida-se em frisá-la com o objetivo de esclarecer que a noção de condição naturalmente existente implica consequências inclusive no que se entende por democracia.

Isso porque o cidadão, concebido como o indivíduo capaz de participar politicamente em um Estado Democrático, goza de legitimidade como agente político por

motivos ontológicos, não culturais. Ou seja, a raiz está em sua existência como pessoa humana antes de qualquer consideração de índole volitiva ou ideológica. Já apontando para a possibilidade de composição entre as teorias a ser tratada no próximo capítulo, Miguel Reale (2002, p. 316) aduz que “a consideração de que todo homem, pelo simples fato de ser homem é uma pessoa ou um sujeito de direito, é, por exemplo, tanto um princípio de Direito Natural como um princípio consagrado em nossa lei positiva”. Ora, a condição de ser titular de direitos implica uma série de consequências práticas para além da seara individual, porquanto repercute mormente na possibilidade de atuação no que se refere à coletividade.

A contribuição jusnaturalista, neste ponto, consiste no reconhecimento de que a legislação posta, embora possa ser criada e organizada de múltiplas formas, há de respeitar, sobretudo, o que é devido ontologicamente à pessoa humana, de modo que se antepõe limites jurídicos naturais à atividade institucional legiferante.

Em síntese, com vistas a explicar o panorama geral da dicotomia no último século, as referidas contribuições fomentaram novas concepções a serem investigadas pela ciência jurídica. De todo modo, é de se ver que, malgrado hajam reconhecidamente colaborado para tal progresso, ainda restam críticas a ambas as correntes, mostrando-as como deficitárias em suas estruturas.

Primeiramente, veja-se exemplos argumentativos que insistem na insuficiência do juspositivismo. Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 156), referindo-se a essa corrente, assevera que “por mais que se renove, continua impotente para alcançar o Direito como totalidade em que se integrem suas dimensões racionais e empíricas. E claudica, justamente, onde faz profissão de fé: na questão do método”. Para o autor, o juspositivismo não define a norma jurídica a partir de suas reais características, quais sejam a bilateralidade, a disjunção e a sanção, sustentando, ainda, que as noções de justiça, validade e eficácia são, verdadeiramente, valorativas, de modo que não haveria como o juspositivista ignorar a valoração.

No mesmo sentido é a crítica de Alexy (2014, p. 321), para quem “o positivismo jurídico é uma teoria inadequada sobre a natureza do direito”. Na concepção do autor, o Direito possui uma dupla natureza, de modo que contém uma dimensão real-institucional e outra ideal-crítica. Para o alemão, a deficiência da doutrina juspositivista consiste em reduzir sua análise do fenômeno jurídico ao aspecto factual, visível na legislação oficial, desconsiderando-se, por via de consequência, o seu aspecto necessário da pretensão de correção. Defendendo este elemento como imprescindível para a compreensão do direito, Alexy (idem, p. 301) afirma que “a tese da dupla natureza implica o não-positivismo”.

A objeção de Javier Hervada (2008a, p. 83) aponta para um outro aspecto da insuficiência do juspositivismo, qual seja a relação do direito com o justo, apontando que tal teoria “deixa sem solução o problema da justiça no direito”. No entendimento do espanhol, essa corrente, ao dispensar o critério avaliativo em relação à ciência jurídica, rejeita a justiça como componente do Direito, de modo a ignorar o problema da aplicação correta da norma jurídica e da arbitrariedade.

Outro contraponto feito a respeito do positivismo jurídico concerne à temática dos direitos humanos. É que, ao identificar o fundamento de validade do ordenamento jurídico com o ato volitivo do soberano, a categoria dos principais direitos do indivíduo seria fruto de seu alvedrio, de modo que a própria segurança jurídica pugnada por essa corrente estaria em risco – pelo menos sob a ótica do cidadão. Nesse sentido, aduzem Souza e Pinheiro (2016, p. 128) que interessa “observar o ceticismo positivista em relação a um direito inerente ao homem ou que possa existir antes e independente de qualquer benevolência do Estado”.

Essa mesma expressão – ceticismo – é empregada por Machado Segundo (2016, p. 85) ao criticar a pretensão juspositivista de afastar a assunção de valores no empreendimento científico, invocando-se um relativismo axiológico. O autor expõe que “defender o estudo meramente descritivo da realidade, tal como ela é, sem considerações sobre como ela deveria ser, é, em si mesmo, prescrever algo ao pesquisador, o que só se pode fazer tendo como parâmetro uma ideia de como a realidade (a pesquisa) deve ser”. Dessa forma, o método juspositivista terminaria por incorrer em um paradoxo nos seus próprios termos.

Há, ainda, discordância em relação ao positivismo jurídico no que toca à sua interpretação da norma jurídica. Neste ponto, Cynara Monteiro Mariano (2011, p. 40), referindo-se especificamente à teoria de Kelsen, menciona que tal abordagem permite ao intérprete aplicar a norma de forma arbitrária e, ao mesmo tempo, válida. Sustenta que a visão positivista, neste âmbito, não há de prosperar, em razão da “inexistência de critérios ou parâmetros para limitar a atividade interpretativa, concentrando todo o esforço hermenêutico no ato meramente volitivo do intérprete, numa autêntica abordagem decisionista do direito”.

Os exemplos citados demonstram que há críticas direcionadas ao positivismo jurídico em diversos matizes, apontando-o como insuficiente em relação àquilo a que se propõe. Michel Villey (2005, p. 753) compendia tais considerações, em rol não taxativo, mencionando que o sistema positivista reduz o fenômeno jurídico ao direito estatal, concedendo-se arbítrio ao soberano, além de analisar de forma simplista a função jurisdicional e sacrificar a ideia de justiça.

Agora, conforme firmado, examina-se, também exemplificativamente, avaliações acerca de deficiências apontadas ao referencial teórico jusnaturalista. Kelsen (1998a, p. 245) expõe que a vertente do Direito Natural apresenta uma apreciação que não é feita – propositalmente – pelo positivismo jurídico, qual seja a da justiça em relação ao ordenamento, porém não oferece uma resposta satisfatória a tal pretensão. Isso porque, além de haver várias doutrinas jusnaturalistas – distintas e até contraditórias entre si, segundo afirma – com uma conseqüente pluralidade de teorias, refere não haver o critério seguro a que se propõem para explicar o fundamento de validade da norma jurídica. Conforme preceitua, “a doutrina do Direito natural, tal como efetivamente tem sido desenvolvida – e não pode ser desenvolvida de outra maneira – está muito longe de fornecer o critério firme que dela se espera”.

O jurista austríaco argumenta que o direito natural é uma forma de direito posto, porquanto o jusnaturalista coloca como fundamento de validade do direito positivo o direito natural, concebendo este como algo dado pela natureza, portanto “posto” por uma “vontade supra-humana”, diferindo do direito positivo por ser fruto de ato volitivo do homem.

Ao proferir suas críticas ao jusnaturalismo, Bobbio (2016, p. 214), reconhecendo sua função histórica, afirma que o direito natural não é direito tanto quanto o positivo, uma vez que lhe falta eficácia, e não é capaz de alcançar seus fins, como o sistema jurídico posto. Em suas palavras, “o que falta à lei natural é exatamente o que constitui o elemento característico do direito, ou seja, a efetividade. O direito natural é um direito desarmado” (idem, p. 199). O autor critica, ainda, a utilização da noção de natureza, por não ser inexorável, de modo que objetos totalmente incompatíveis podem ser considerados direitos naturais. Ademais, refere o imbróglio para a determinação do direito como justo e que, ainda que resolvida essa questão, não solucionaria o caso de sua validade.

A objeção de Hart à teoria jusnaturalista concentra-se na relação entre direito e moral, que é onde o autor coloca a discussão envolvendo Direito Natural e Positivismo Jurídico. Para o britânico (1986, p. 204), “apesar de uma terminologia e de muita metafísica que poucos podem aceitar nos nossos dias, contém certas verdades elementares de importância para a compreensão não só da moral como do direito”. É que Hart, reconhecendo a existência de um “conteúdo mínimo do direito natural” (idem, p. 209), refere que a concepção de natureza que ensejou a construção teórica jusnaturalista não se sustenta com o pensamento secular moderno.

Ainda no que toca às deficiências da tese do Direito Natural, Antonio Hernandez Gil (1987, p. 160) refere que não há apenas um, mas vários problemas a seu respeito, porém o principal consiste em que a mesma ideia essencial recebe formulações diferentes que levam,

consequentemente, a conclusões também distintas. Dessa forma, para o autor espanhol – o qual reconhece haver um denominador comum nas teorias jusnaturalistas – gera-se uma grave dificuldade, qual seja a diversidade de doutrinas e também de objetos por elas trabalhados.

Cotejadas as contribuições das teorias juspositivistas e jusnaturalistas para ciência jurídica e esboçadas as deficiências doutrinárias usualmente apontadas a cada uma, há de se averiguar sua repercussão na temática dos direitos humanos, uma vez que, conforme já afirmado, tal discussão não se reduz ao plano abstrato de ideias acerca do fenômeno jurídico, senão proporciona implicações práticas neste importante campo do Direito. Aqui, concretizam-se os elementos de eficiência propostos por cada vertente, de modo que, pautando-se na construção teórica empreendida, justifica-se uma determinada categorias de direitos propriamente ditos.

A tônica da proteção aos direitos humanos efervesceu com o segundo pós-guerra no decorrer do século passado, reconhecendo-se serem devidas à pessoa humana garantias jurídicas por parte dos Estados. É que ganhou força, sobretudo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, de 1948, a concepção de que há direitos imanes e inafastáveis ao indivíduo, de modo que esta noção incidiu sobre os principais conceitos trabalhados na ciência jurídica.

Tendo em vista que o aprofundamento específico na historicidade e nas características das teorias dos direitos humanos exorbitaria a pretensão deste estudo, seus preceitos serão mencionados acidentalmente, apenas no que interessa ao esclarecimento da repercussão da dicotomia ora investigada nesta temática.

Em verdade, trata-se de tema complexo que não se restringe à discussão teórica ora tratada, mas é possível vislumbrar uma parcela importante de interseção entre as matérias. Conforme apontado por Paulo Bonavides (2004, p. 575), ao se referir aos documentos que resultaram na confecção da DUDH, a presente dicotomia faz parte de sua construção histórica, acentuando que “do campo filosófico ao campo jurídico, do direito natural ao direito positivo, das abstrações do contrato social aos códigos, às constituições e aos tratados, [...] essas Declarações fizeram vingar um gênero de sociedade democrática e consensual”.

No mesmo sentido, citando ambas as correntes, Sergio Cotta (2017, p.40) expõe que “a questão do direito natural é hoje reproposta de modo peremptório pelo tema teórico e prático dos direitos humanos. Sejam estes reconhecidos pelo direito positivo [...] ou instituídos pelo legislador, é difícil negar o seu caráter transcultural”. Vê-se, portanto, que a dicotomia ora examinada consiste em um elemento relevante para a compreensão dos direitos fundamentais.

Uma reflexão possível acerca da repercussão das teorias jusnaturalistas e juspositivistas na temática dos direitos humanos consiste na consideração dos assim chamados direitos subjetivos. Conforme exposto por Beuchot e Saldanha (2000, p. 77-78), a noção de direito subjetivo fora transportada fortemente ao campo dos direitos humanos, de forma que estes passaram a ser definidos, também, como faculdades, prerrogativas ou poderes que as pessoas possuem para exigir reconhecimento, respeito e observância aos seus direitos. Esse traslado é feito, a título de exemplo, por Robert Alexy (2008, p. 151), ao analisar os direitos fundamentais como direitos subjetivos, o qual reconhece que a discussão sobre o conceito de direito subjetivo não desembocou em um consenso.

A visão de um direito subjetivo imanente ao indivíduo, como algo independente do ordenamento institucional, é vista por Kelsen (1998a, p. 190-191) como uma construção ideológica que serve como “categoria transcendente em confronto do Direito objetivo positivo, de criação humana e mutável, é uma instituição na qual a elaboração de conteúdo da norma jurídica encontra um limite insuperável”.

Não é que a discussão acerca do direito subjetivo seja a questão de maior embate na problemática estudada, mas permite avançar para o exame das dificuldades de justificação dos direitos humanos por jusnaturalistas e juspositivistas. Isso porque enseja o questionamento acerca da criação, do reconhecimento e da garantia de tal categoria de direitos, o que parece contrapor ambas as correntes.

Em verdade, a segurança jurídica proposta pelos teóricos do positivismo jurídico, conforme já vista alhures, demanda que a ordem institucional preveja uma classe de direitos humanos ou fundamentais para que sua proteção possa ser efetivada. Por outro lado, exsurge o imbróglio de se condicionar a existência de um direito desta categoria ao ato institucional que o consagra. Dessa maneira, a consagração de um direito humano para o positivismo jurídico se operaria apenas formalmente, uma vez que não faz distinção qualitativa entre os conteúdos jurídicos, bastando, para tanto, sua positivação independentemente da matéria de que trate. Assim, a caracterização dos direitos humanos para esta corrente é vista como algo procedimental e interno ao próprio sistema jurídico vigente.

Os adeptos do jusnaturalismo, por sua vez, resolvem o impasse na concepção segundo a qual um direito não precisa ser positivado para que possa ser considerado como material jurídico. Entretanto, tal resposta não oferece a eficiência prática conferida pela segurança juspositivista em relação à proteção deste direito, visto que se passa ao problema de como ser efetivado e garantido um direito não expressamente disposto na legislação.

Tratando desse imbróglio, embora não os classifique como direitos naturais – senão morais –, Alexy (2014, p. 111) refere que “os direitos humanos, enquanto direitos morais, não só não podem ter sua força invalidada por normas jurídico-positivas mas também são o padrão com o qual se deve medir toda interpretação daquilo que está positivado”.

Assim, para o alemão, trata-se de um catálogo de direitos que não está a mercê da atividade legiferante, de modo que, na verdade, impõe-se-lhe critérios de atuação, além de limites hermenêuticos. Não por outro motivo, Alexy invoca a citada “fórmula de Radbruch” – corroborando que esta não se reduz a mera subjetividade – como aplicável à categoria jurídica ora analisada, ao aduzir que “a injustiça extrema consiste em violações extremas a direitos humanos” (idem, p. 362).

Uma outra repercussão da dicotomia ora tratada na temática dos direitos humanos diz respeito ao desafio da universalização dessa categoria de direitos em face do pluralismo cultural. Conforme expõe Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 174), ao tratar desse tema, “entre a universalidade do Direito e as liberdades singulares, a relação permanece abstrata e, no espaço dessa abstração, desencadeiam-se formas muito reais de violência que acabam por consumir a cisão entre Ética e Direito no mundo contemporâneo”.

É que se percebe a tendência dos referenciais jusnaturalistas, como na citada exposição de Hervada, em universalizar os seus preceitos, tratando-se, por exemplo, da natureza humana em geral. Por outro lado, os juspositivistas – veja-se o que fora exposto acerca da teoria de Raz – inclinam-se a uma concepção jurídica que valoriza as intervenções específicas e locais. Nesta senda, Daniel Alejandro Herrera (2014, p. 297) aduz que se coloca uma encruzilhada entre um sistema jurídico que pretende alcançar dimensões universais através dos Direitos Humanos; e as particularidades próprias de cada cultura, que, em princípio, poderia parecer exigir um ordenamento específico com vistas a atender suas especificações.

Com este raciocínio, vê-se que a reverberação das teses jusnaturalistas e juspositivistas na teorias dos direitos humanos guarda um nítido paralelo com um sensível desafio atual do pensamento jurídico, qual seja o de justificar racionalmente a sua pretensão de universalidade em face do multiculturalismo.

3 ELEMENTOS DE CONEXÃO ENTRE O JUSNATURALISMO E O JUSPOSITIVISMO

Estabelecidas as premissas concernentes a cada corrente doutrinária, tendo-se, por ora, uma dicotomia teórica que subsiste atualmente, a qual assume nova feição desde o último século, passa-se a uma análise crítica dos seus conteúdos, com base no que fora exposto, tendo por escopo verificar se a relação entre ambos os referenciais é de necessária oposição ou se é possível compreender o Direito harmonizando-se as contribuições de cada uma.

É que sói entre os autores que tratam do tema uma espécie de rivalidade entre tais correntes, de modo que são construídas imagens a seu respeito que não correspondem ao que os seus referenciais doutrinários propugnam. Essas reproduções, que mais se assemelham a caricaturas feitas por adversários, valem-se de uma determinada característica da outra vertente, que não lhes parece adequada, para estigmatizar todo um empreendimento teórico, como se fosse totalmente inútil ou estéril.

Veja-se, por exemplo, as palavras de Kelsen, que, ao defender determinado ponto de sua teoria pura do Direito, refuta um argumento contrário, afirmando que “uma tal suposição, porém, é um preconceito jusnaturalista” (1998a, p. 353). Por outro lado, Villey (2005, p. 748), ao expor autores juspositivistas que negam a existência do direito natural, menciona que “retomarão à porfia os mesmos e eternos argumentos que hoje já não aguentamos mais escutar – argumentos tanto mais fáceis porque visam apenas uma caricatura decadente do autêntico direito natural”. No mesmo sentido de Villey, Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 154) refere que “a realização completa da doutrina positivista pressupunha, lógica e necessariamente, a recusa absoluta do Direito natural”.

Há ainda quem se posicione no sentido de encarar tal polarização sem conferir-lhe suma relevância quanto à ciência do Direito, como Ferraz Júnior (op. cit., p. 171), que considera a dicotomia “enfraquecida”, registrando que esta “como instrumento operacional, isto é, como técnica para a descrição e classificação de situações jurídicas normativamente decidíveis, perdeu força”. O autor embasa seu entendimento colocando como um dos motivos de tal esmaecimento o fato da promulgação de direitos fundamentais na Constituição. Porém, conforme colocado no capítulo anterior deste trabalho, a positivação de tal categoria de direitos no texto constitucional não resolveu o embate doutrinário ora investigado, senão fomentou um novo desafio que o envolve no plano jurídico, qual seja o da justificação teórica dos direitos humanos.

Pretende-se, a seguir, examinar criticamente essa tensão dicotômica, precisamente no que diz respeito à (im)possibilidade de utilização conjunta de concepções de ambas as correntes, investigando-se a partir de suas contribuições para a ciência jurídica de forma a integrá-la.

Assim, a superação da dicotomia, entendida como a tentativa de evitar o “efeito caricatura” a partir de uma análise dos reais caracteres de tais correntes, há de considerar seriamente se as concepções do jusnaturalismo e do juspositivismo são, de fato, antagônicas ou conciliáveis, tendo em vista a repercussão citada.

Com base nas considerações expostas, vê-se que, malgrado as correntes divirjam substancialmente em diversos pontos, é certo que há também elementos de conexão entre ambas, os quais podem encaminhar a discussão para um aprofundamento profícuo ao entendimento do Direito.

Não obstante possam haver outros além dos a seguir citados, percebe-se uma importante interseção entre as abordagens jusnaturalistas e juspositivistas em termos epistêmicos e no reconhecimento de princípios como normas jurídicas, os quais serão estudados neste tópico. Essa área conexa permite avançar para o papel-chave atribuído à razoabilidade no que toca ao conhecimento do fenômeno jurídico, assunto este a ser explorado no último capítulo do trabalho.

Por ora, tem-se que uma abordagem crítica da dicotomia aponta para a existência de um procedimento similar de decodificação do fenômeno jurídico por ambas as correntes, embora o façam com pontos de partida e parâmetros diferentes. É que a relação dos fatos com as normas é depurada igualmente a partir da atribuição de autoridade à lei, porém aqui há o dissenso entre positiva e natural.

Ademais, as teorias dos princípios enquanto normas jurídicas encorpadas mormente no último século concretizam a aplicação jurídica do direito para além da legislação expressa. Tem sido pacífico o entendimento de que o Direito não se restringe às regras postas, porém há diversas teses distintas que cuidam do comportamento das espécies de normas em um ordenamento jurídico.

Assim como no capítulo anterior, este não visa ao aprofundamento de doutrinas autorais específicas, senão ao aproveitamento de tal concepção para perceber o contato entre as correntes ora versadas, pois imprescindível para se embasar o entendimento da noção de razoabilidade como justificativa teórica e prática na compreensão do Direito.

3.1. Da oposição à composição

As mencionadas críticas comumente trocadas entre os autores de cada corrente podem levar a uma impressão de antagonismo entre ambas. Ocorre que deve ser considerado também o que as posições têm em comum, examinando-se seus pontos de convergência e de concordância.

Com efeito, este exame crítico deve ser realizado a partir das noções pacíficas e basilares de cada vertente. Por exemplo, é cediço que os juspositivistas não admitem outro direito além do positivo, ao passo que os jusnaturalistas o fazem ao reconhecer a existência do direito natural. De fato, essas noções se encontram no cerne da discussão, a partir das quais se desembocam as demais implicações feitas, como é o caso das já relatadas, de forma que suas ramificações se espraiam por diversos planos.

Ao cotejar ambas as correntes, Bobbio (2016, p.156) trata dessa ideia, redefinindo-as ao aduzir que “por jusnaturalismo entendo a teoria da superioridade do direito natural sobre o positivo; por positivismo jurídico, a teoria da exclusividade do direito positivo. O jusnaturalismo é dualista, o positivismo jurídico, monista”. Enquadrando-se, conforme exposto, na categoria de autores juspositivistas, o italiano coloca sobriamente a questão em matizes que conferem ensanchar a uma segura verificação das realidades ora tratadas. Os teóricos do Direito Natural, portanto, possuem um objeto de estudo mais amplo que aqueles que recortam exclusivamente o direito positivo como o alvo da ciência jurídica.

Veja-se que tal questão se situa, em termos genéricos, em análises distintas de materiais considerados como jurídicos e seus respectivos parâmetros. Isto é, as divergências se dão geralmente por conta das características próprias dos objetos pesquisados por cada posição, uma vez que os conteúdos considerados em suas investigações não se identificam.

Colocando o imbróglio simplificadamente, Alexy (2014, p. 272) apresenta-o em duas teses básicas: a da separação e a da conexão. Para o alemão, os teóricos do positivismo jurídico defendem a primeira, segundo a qual o conceito de direito há de ser depurado sem vinculação a qualquer elemento moral; ao passo que os não-positivistas sustentam a segunda, pois definem o direito a partir de tal inclusão. Quanto à conceituação proferida por Alexy, John Finnis (2014, p. 96) considera que o termo “não-positivista” não se mostra adequado, na medida em que concede ao positivismo a posição “padrão”, o que, em seu entendimento, seria um equívoco.

Nota-se que a correspondência entre jusnaturalismo e juspositivismo revela-se como uma celeuma análoga a outros paralelismos que envolvem profundas discussões acerca

do Direito, como: justiça e segurança jurídica; ciência jurídica e ciência política; legitimidade e legalidade; interpretação e aplicação das normas; além mesmo de, conforme conclusão do capítulo anterior, universalização dos direitos humanos e pluralismo multicultural.

No entendimento de Machado Segundo (2009, p.105), a discussão se coloca especialmente no âmbito da Metafísica, daí decorrendo a citada divergência quanto aos objetos de estudo. Afirmo o autor que esta não pode ser afastada da ciência jurídica, pois “um estudo que se volte apenas para as realidades sensíveis, ignorando ou dizendo ignorar as suprassensíveis ou as ideais, é não apenas inadequado, sobretudo nas ciências ditas humanas ou sociais, mas verdadeiramente impossível”.

Em verdade, residindo a discordância já nas premissas fixadas por tais correntes, as conclusões, por via de consequência, também hão de se mostrar conflitantes. Por esse motivo, um exame de harmonização entre ambas deve voltar-se precisamente ao pontapé inicial de suas teses, ou seja, o que deve ser investigado pela ciência jurídica.

A doutrina de Bobbio (2016, p. 174) aponta para uma possibilidade de superação do embate dicotômico precisamente no que fora pontuado acima, qual seja o modo de aproximação à ciência jurídica feito distintamente por jusnaturalistas e por juspositivistas. Embora o façam em instâncias diferentes, o jusfilósofo italiano afirma que é possível compatibilizá-las neste ponto, não obstante a complexidade de relações que envolvem ambas as correntes, de forma que não vislumbra consonância enquanto ideologias e teorias distintas. Em sua concepção (idem, p.171), o recorte exclusivo do direito positivo como objeto pauta-se na ideia de neutralidade da ciência, segundo a qual “prescindido de todo juízo de avaliação, volta-se para o direito como fato histórico e social e estuda-o com metodologia científica”. Por sua vez, o panorama jusnaturalista conteria o mesmo objeto, porém vertendo-se para uma avaliação crítica.

Contrapondo a pugnada exclusividade do direito positivo, Alexy (2014, p. 311) registra que reconhecê-la “seria subestimar o fato de que a pretensão de correção substancial – ou seja, em primeiro lugar e acima de tudo, a pretensão da justiça – não desaparece após a institucionalização do direito”. Nesse ponto, o alemão chama atenção para uma imprescindível faceta a ser analisada quando da verificação de composição entre as correntes, qual seja a relação do positivismo jurídico com a justiça. Expôs-se as críticas direcionadas às doutrinas, consistindo uma delas na aparente negação do positivismo à justiça no Direito.

Em verdade, a teoria juspositivista não se contrapõe à relação existente entre o fenômeno jurídico e o ideal de justiça. É que o método do positivismo jurídico pretende analisar o direito – positivo – sem fazer-lhe juízo de valor, de modo que, nessa concepção,

não haveria que se cogitar da qualificação de algo como justo para que seja considerado direito. Expressando essa ideia, Kelsen (1998b, p. 67) afirma que “visto a norma da justiça prescrever um determinado tratamento dos homens, ela visa – como já se mostrou – ao ato por meio do qual o direito é posto. A justiça não pode, portanto, ser identificada com o direito”.

Com isso, constata-se que mesmo nesse campo as concepções jusnaturalistas e juspositivistas não são totalmente incompatíveis. Ambas reconhecem o contato do justo com o jurídico, porém para estas não há que haver identificação entre tais conceitos, ao passo que aquelas os tratam de forma simbiótica. A diferença, portanto, consiste na inclusão de um determinado conteúdo a uma definição conceitual, inaugurando-se aí uma espécie de bifurcação teórica, conforme verificado.

Delineados os caminhos bifurcados, descobre-se pontos de comunicação entre eles. Assim, reforça-se o que Bobbio (*idem*, p. 27) observa quanto ao extremado contraste de ideias, qual seja a tensa divergência pautar-se na diversidade de planos e matizes sobre os quais a discussão pode ser colocada. Refutando a ideia de necessário antagonismo, o italiano afirma que “a oposição entre jusnaturalistas e juspositivistas é uma oposição entre pessoas que falam línguas diferentes”.

Percebe-se, com esse raciocínio, que a harmonização entre as posições pode ocorrer, desde que delimitado o objeto de análise. Isso porque, além da polissemia dos termos envolvidos, é patente que a discussão pode ser trasladada para inúmeras óticas, de modo a mostrar-se incompatível em mais de um caso. De todo modo, é de se ver que não se cuida de uma divergência necessária, pelo menos quando se estabelece que são correntes doutrinárias que guardam pontos de vista em comum.

Citando uma dessas convergências, Neil Maccormick (2009, p. 78) indica que é “compartilhada entre o pensamento do direito natural e o pensamento do direito positivista a tese de que os sistemas jurídicos dispõem de critérios, sustentados pela ‘aceitação’ da sociedade na qual o sistema se insere”. O autor britânico argumenta que os teóricos de ambas as correntes comungam da ideia segundo a qual há condições que devem ser observadas para que se possa reconhecer uma norma como válida em um sistema jurídico.

Dessa forma, confirma-se que, embora haja críticas tanto à visão juspositivista como à jusnaturalista no sentido de classificá-las como arbitrárias, os seus entendimentos, na verdade, direcionam-se na utilização de critérios para a consideração de determinado conteúdo como jurídico, embora possa haver divergência precisamente quanto a esses critérios. Assim, a tomada de posição de ambas as correntes para a conceituação do que é direito vale-se de procedimento semelhante, porém com requisitos distintos.

Com base nessa distinção que se impõe, Ives Gandra da Silva Martins (op. cit. p. 86) defende não haver conflito entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, sustentando que a questão pode se situar da seguinte forma: “são normas de direito natural aquelas inatas no ser humano, que cabe ao Estado apenas reconhecer, positivando-as; são normas de direito positivo propriamente dito aquelas que cabe ao Estado criar”.

Esse entendimento aponta para a coexistência das juridicidades natural e positiva em um mesmo ordenamento, colocando a distinção na possibilidade de o detentor do poder produzir as normas. Assim, as normas de direito positivo consistiriam naquelas cujo poder criativo é ditado, validamente, pela vontade de quem possui tal incumbência institucional, ao passo que as normas de direito natural não se enquadrariam no campo da discricionariedade legislativa, mas da percepção de uma lei dada ao ser humano independentemente de sua disposição.

Utilizando essa mesma terminologia ao tratar da realidade jurídica, segundo Miguel Reale (2002, p. 24), “constituem-se, então, dois mundos complementares: o do natural e o do cultural; do dado e do construído”. Aqui, alcança-se uma outra possibilidade de superação do dilema dicotômico entre as correntes jusnaturalistas e juspositivistas, qual seja a do reconhecimento da juridicidade natural e da cultural.

Assim como não há que se falar em antinomia entre natureza e cultura, enxergar a problemática por essa ótica pode oferecer luzes para uma composição entre as posições investigadas. É que o direito natural é pacificamente designado como uma realidade dada e objetiva, enquanto o direito positivo consiste em fenômeno cultural cuja origem é a vontade humana.

Nessa perspectiva, ambos são dotados de juridicidade e compõem o mesmo Direito, de modo que a assunção de tal complementaridade permite uma percepção real da ordem jurídica como um todo, afinal é próprio do ser humano estabelecer regras que lhe convêm a partir da realidade que lhe é dada.

Os sistemas jurídicos natural e positivo não se identificam, tampouco se opõem necessariamente. Em verdade, podem ser harmonizados ao se reconhecer a premissa inafastável segundo a qual um fenômeno cultural só encontra sentido na medida em que condizente com a realidade natural existente. Conforme observa Javier Hervada (2006, p. 75), “está ao alcance de todos compreender que é impossível um fato cultural sem que tenha uma base natural. Tudo o que o homem faz ou inventa requer uma capacidade natural, o que os filósofos chamam de potência”.

Sendo assim, nada obsta que uma lei seja editada de inúmeras formas sem que exista incompatibilidade entre a ordem natural e a positiva. Não é que o legislador positivo tenha de buscar na natureza todos os caracteres imprescindíveis para a feitura do texto. Veja-se a questão das alíquotas tributárias: a resposta para qual a fração mais acertada não está no direito natural, mas exclusivamente na vontade daqueles representantes populares incumbidos de tal função, os quais devem observar as necessidades sociais, culturais e práticas de uma determinada realidade.

A discricionariedade do legislador positivo, portanto, é patente em diversos assuntos. Segundo Hervada (*idem*, p. 154), “a lei natural supõe que o homem tem – como um dos aspectos de sua liberdade – a faculdade de se auto-regular. Por conseguinte, a lei natural não abrange toda a atividade possível do homem, nem todo o âmbito das leis”. O que se deve frisar é que em nenhum caso a confecção da lei poderá tratar de forma diversa daquela que decorre da natureza humana, sendo esta a régua de apreciação de seus projetos legislativos.

É de se esclarecer que tal baliza de observação concretiza-se na própria racionalidade humana, não em fatores de opinião ou em debates que buscam o convencimento da outra parte. Repita-se que o legislador positivo tem discricionariedade em seu mister para determinadas discussões, mas não em todas. Exemplo disso é que ao parlamentar não cabe debater a respeito das realidades sensíveis de forma a ignorar suas características naturais, porquanto dadas, não disponíveis ou opináveis. Neil Maccormick (*op. cit.*, p. 348), ao criticar os que ignoram essa capacidade da pessoa, aduz que “a razão pode não determinar, mas sem dúvida impõe limites rigorosos aos sistemas de normas que todos podemos ter em conjunto”.

Tal concepção reafirma a ideia evidente ínsita à teoria dos direitos humanos emergente em meados do século XX, segundo a qual não só se reconhece a existência de limites extrajurídicos para o ordenamento positivo e de princípios jurídicos para além das regras, mas também reabilita a razão prática como componente do direito, tanto em matéria procedimental como substancial. Essa conexão – pela teoria dos princípios – será tratada mais detalhadamente no último tópico deste capítulo.

Nesse sentido, Luis Fernando Vigo (2014, p. 191) afirma que com o advento do neoconstitucionalismo passou-se a admitir a existência de uma razão idônea para se pronunciar sobre o justo ou o bom, não por perspectivas emotivas, mas apelando à moralidade racional.

Os limites de confecção da lei – positiva – consistem, basicamente, na observância da realidade jurídica única que compreende tanto o direito natural como o direito positivo: como partes de um mesmo sistema. O entendimento desta simbiose permite ao

agente legislador editar o ordenamento jurídico com perfeição, uma vez que ordena e estrutura a sociedade sem ignorar o que lhe é naturalmente dado e devido.

Desta feita, não há de prosperar o famigerado antagonismo indeclinável amplamente propagado entre Direito Positivo e Direito Natural. É que as suas respectivas doutrinas podem ser encaradas de forma a se complementarem na compreensão do Direito. Em verdade, o direito convencionado não basta por si só para a definição de um conteúdo como jurídico enquanto atrelado à ideia de justiça, a qual não é satisfeita tão somente pela promulgação de um texto.

Ao tratar da ideia de que perde força a suposta oposição entre Direito Positivo e Direito Natural, Ferraz Júnior (op. cit., p. 171) aponta que “uma das razões do enfraquecimento operacional da dicotomia pode ser localizada na promulgação constitucional dos direitos fundamentais”. Com efeito, vislumbra-se que se trata de uma dicotomia enfraquecida, mas por outro motivo que não o ora citado.

É que estudar o Direito sob o prisma de uma incompatibilidade entre o direito positivo e o direito natural consiste em ignorar a ciência jusnaturalista revigorada principalmente no século XX e até mesmo vulgarizar os respectivos conceitos científicos. Não é o fato da positivação de direitos propriamente naturais que enfraquece a ideia de oposição, mas o caráter de viável continuidade entre as ordens positiva e natural.

Ora, se é possível trabalhar com tais campos como componentes de uma unidade, qual seja o que se chama de ordem jurídica, tem-se, evidentemente, uma concepção que harmoniza tais ordens, em vez de contrapô-las. Como será visto, cada uma exige uma ciência própria, porquanto compreendem objetos diversos – o que permite singularizá-las –, porém como realidades correspondentes ao conhecimento do Direito.

Portanto, a oposição tão propagada na teoria do direito entre jusnaturalistas e juspositivistas, pode, na verdade, apontar para uma composição segundo uma compreensão integradora do Direito. Sem ignorar suas premissas, existem entre ambas importantes elos que as tornam complementares, em vez de antagônicas. Um deles será tratado a seguir, o qual diz respeito à percepção do fenômeno jurídico.

3.2. Conexão pela epistemologia

A correlação possível entre as teorias do positivismo jurídico e as doutrinas jusnaturalistas, conforme mencionado, dá-se, em certa medida, no modo de se conhecer o Direito. É que, embora as premissas trabalhadas por ambas as correntes pareçam

incompatíveis, há em ambas um elemento que as une, pelo menos em tese. Trata-se do reconhecimento de uma realidade como jurídica.

A citada ideia de Neil MacCormick aponta para esse traço comum, o que se revela como a existência de critérios acolhidos socialmente para a determinação de um conteúdo como jurídico. Como se disse, os parâmetros costumam ser díspares entre as posições jusnaturalistas e juspositivistas, porém essa ideia de identificar um fenômeno ao Direito consiste em empreendimento procedimental semelhante. Nessa linha de raciocínio, o britânico (op. cit., p. 82) registra que “essas razões de sustentação, razões para a aceitação dos critérios de validade do sistema, têm uma importância que não pode ser negligenciada”.

Assim, embora aparentemente desconexas, as posições do jusnaturalismo e do juspositivismo comungam de uma mesma maneira de interpretar o fenômeno jurídico, qual seja a de fundamentar sua legitimidade enquanto direito. É que o juspositivista o faz na medida em que associa a lei ao ato humano julgado idôneo para aplicar critérios hermenêuticos. A percepção jusnaturalista vai na mesma direção, uma vez que também vincula a atividade interpretativa dos fatos a uma lei de referência, porém coloca à disposição do operador a lei natural, o que não é feito por aquele que identifica o ordenamento jurídico exclusivamente à legislação posta.

Jusnaturalistas e juspositivistas utilizam igual procedimento metodológico para a aplicação da norma, qual seja a valoração de fatos, os quais são cotejados com o direito, mas com ele não se confundem. A hermenêutica empregada por ambos é a mesma, diferindo, entretanto, no parâmetro utilizado, visto que os teóricos do positivismo jurídico colocam o direito positivo como bastante, ao passo que os do Direito Natural se valem tanto da legislação posta como da lei natural.

Ocorre que juspositivistas buscam solucionar as insuficiências do ordenamento positivo dentro do próprio sistema, ao passo que jusnaturalistas as reconhecem como próprias da criação humana, reconhecendo a solução na juridicidade natural. Nota-se que os institutos jurídicos que dão suporte a tais concepções, apesar das diferenças, na verdade se encontram, precisamente na estrutura tridimensional do direito, exposta por Miguel Reale (2002, p. 64). Isso porque ambas as correntes conhecem o fenômeno jurídico de forma semelhante: tomam uma situação fática em cotejo com um significado valorativo que lhe é conferido, sendo tal relação disciplinada por uma norma.

Conforme expõe Pacobahyba (2016, p. 174), ao tratar de tais institutos em cotejo com o método de conhecimento do Direito, “a incidência ocorre sempre que alguém se posta perante normas, fazendo juízos de valor que confluam para a captação dos fenômenos

pertencentes ao universo social”. Assim, o entendimento do fato com atribuição de valor, é procedido igualmente por juspositivistas e jusnaturalistas, divergindo, entretanto, na referência normativa utilizada.

Ademais, vê-se que o método utilizado por ambas as correntes para justificar o poder inerente à noção de Direito é atribuir-lhe um comando superior e transcendente ao próprio ordenamento institucional, o qual o institui como devido. No caso dos juspositivistas, tal atribuição é feita com relação a uma norma fundamental, a qual, para Bobbio (1995b, p. 62) consiste em “um pressuposto do ordenamento: ela, num sistema normativo, exerce a mesma função que os postulados num sistema científico”. Em relação aos jusnaturalistas, esse fundamento também transcende o ordenamento positivo, o qual é buscado na lei natural. Conforme expõe Hervada (2006, p. 75), “sem o direito natural o direito positivo não tem o pressuposto necessário de existência”.

Com tais entendimentos tidos por transcendentais acerca da fundamentação do ordenamento, vê-se que jusnaturalistas e juspositivistas conferem-lhe todo sentido a algo que está fora dele. Nesse quesito, Kelsen (1998b, p. 115) admite um contato entre sua Teoria Pura e a doutrina do Direito Natural. Ao criticar o jusnaturalismo, reconhece que a norma fundamental não tem natureza de “direito positivo, isto é, de uma ordem coativa globalmente eficaz posta através da legislação ou do costume. Este é, porém, o único ponto em que existe uma certa semelhança entre a teoria da norma fundamental e a do jusnaturalismo”.

Ocorre que esse “único ponto”, em verdade, é – literalmente – fundamental para a compreensão do Direito, uma vez que se refere diretamente à validade das normas. Com tal visão, Kelsen acaba por corroborar a insuficiência do juspositivismo, inclusive para justificar a sua própria teoria, uma vez que apela a fatores extrapositivos, o que refuta a pretendida pureza.

Uma argumentação possível envolvendo o Direito pauta-se na apresentação de proposições baseadas em materiais considerados jurídicos, o que consiste no reconhecimento de um objeto como direito. Mais uma vez, essa qualificação específica ocorre igualmente para juspositivistas e jusnaturalistas, mas o fazem distintamente no que se refere ao conteúdo, porquanto aqueles baseiam suas razões unicamente no direito posto, ao passo que aqueles lhe acrescentam as de juridicidade natural.

Essa divergência parece estar atrelada ao modo de se conceber e definir uma situação como verdadeiramente concernente ao Direito. Isso porque, não obstante o elemento comum de exigência de justificação para o reconhecimento de algo como jurídico, os métodos cognitivos para acessar conteúdos específicos de direito natural e de direito positivo não são

os mesmos, o que é elementar, uma vez que possuem essências distintas. A legislação posta é trivialmente apreendida pelos sentidos do sujeito cognoscente, uma vez que expressa em documentos oficiais, ao passo que a decodificação do direito natural é ordinariamente associada à metafísica e ao uso da razão.

Uma ideia análoga é apresentada por Eros Grau (2008, p. 83), ao tratar do Direito Posto e do Direito Pressuposto, argumentando que o denominado direito pressuposto repousaria na consciência coletiva, devendo condicionar o direito posto, sendo necessário compreender ambos.

Sendo o direito positivo fruto da vontade humana, há de ser examinado precisamente sob o prisma da norma promulgada. Por outro lado, sendo o direito natural investigado à ótica da razão prática, vislumbra-se, novamente, o caráter harmônico entre referidas ordens, uma vez que a razão e a vontade não são incompatíveis, mas passíveis de conformidade. A consonância entre os atos de vontade e de razão está presente no Direito não só ao interpretá-lo e aplicá-lo, mas também na elaboração de textos legislativos. Tendo em vista que a vontade não deve ir de encontro à razão, também o direito posto não há de contrapor sua base natural, sob pena de incongruência.

Cumprе esclarecer que o conhecimento do direito natural não faz sentido para os adeptos do positivismo jurídico, “doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”, nos dizeres de Bobbio (1995, p. 119). Ora, quem não reconhece uma juridicidade para além daquela posta por um órgão legislativo limita o seu campo de análise a esse alvo, identificando o Direito tão somente com aquilo que é pactuado ao alvedrio de quem está no poder.

Ao criticar esse recorte do positivismo jurídico, Machado Segundo (2014b, p. 236) comenta “o quão deficiente, do ponto de vista epistemológico, é a postura positivista”. Isso porque, para o autor trata-se de uma visão reducionista, na medida em que ignora o aspecto metafísico do Direito sob o pretexto de cientificidade, o que não condiz com os fundamentos da ciência jurídica. Ademais, a pretensão de ser um método exclusivamente descritivo da realidade investigada, por si só, constitui-se como uma prescrição positivista, de modo que se incorre em uma contradição nos próprios termos.

Em verdade, como resposta ao abalo do cientificismo positivista que serviu de base para justificar os abusos realizados institucionalmente pela ordem normativa na Alemanha do III Reich, restou patente a impossibilidade de se restringir a ideia científica de Direito àquilo que se promulga por ato volitivo, ainda que assim seja socialmente reconhecido. Nesse contexto, a ciência jurídica é desenvolvida não apenas para a investigação

de conjuntos de regras postas, mas, para além disso, norteando-se por princípios enquanto normas, os quais consagram, justamente, valores dados, não frutos da criação humana.

Veja-se que essa reflexão não se situa apenas em um âmbito teórico, porquanto o aspecto eminentemente prático no que concerne à definição do que é justo nas diversas situações concretas da vida social diz respeito à ciência do Direito, a qual há de se ocupar tanto da ordem posta voluntariamente como da pressuposta naturalmente.

Segundo Javier Hervada, “a lei natural é um preceito da razão, e no conhecimento pela razão é possível distinguir dois momentos sucessivos e conexos” (2006, p. 162), referindo-se ao conhecimento comum e ao conhecimento científico para explicar que qualquer homem tem, pelo menos, um conhecimento vulgar – ou comum – dos preceitos fundamentais da lei natural.

Sobre a diferença entre o conhecimento comum e o científico, supracitados, Machado Segundo (2008, p. 13) aduz que “quando se perquire a respeito de ciência, cogita-se de uma espécie ou modalidade do conhecimento humano, que pode decorrer simplesmente do senso comum, ou pode ser científico”.

Essa linha de raciocínio, bastante difundida em Epistemologia e corroborada por Hervada (2006, p. 163), distingue o conhecimento comum ou vulgar como aquele precipuamente superficial, fracionado, prático, baseado nas experiências humanas cotidianas. Por sua vez, o conhecimento científico diz respeito àquele mais aprofundado, questionador, fruto de investigação técnica.

Dessa forma, o conhecimento científico do Direito é próprio do jurista, não do homem leigo, o que se aplica à realidade do direito natural. Nesse contexto, o desenvolvimento da prudência é algo que deve ser bem explorado quando da formação do profissional jurídico, pois é virtude necessária para o discernimento em relação ao justo, seja natural, seja positivo. Note-se que o conhecimento comum é capaz de acessar conteúdos jurídicos, mas apenas nos limites de sua própria definição. Uma concepção técnica a seu respeito exige uma especialização por parte do observador, que corresponde à particular formação como jurista. Conforme pontua Carlos Alberto Gabriel Maino (2014, p. 105), o conhecimento jurídico pode ser considerado científico quando se conhece as razões universais e necessárias do jurídico, presente nas condutas, normas e títulos concretos e particulares.

No que toca à crítica da suposta ausência de cientificidade ao Direito Natural, Javier Hervada sustenta que o homem não nasce com todos os ditames da lei natural inscritos em seu pensamento, assim como ocorre com relação a qualquer ciência, de forma que isso não é suficiente para se refutar sua possibilidade científica. Em suas palavras (2006, p. 164), o

“conhecimento da lei natural não é inato, no sentido de que nossa razão [...] tenha nela impressa a lista dos preceitos de lei natural. São inatas a sindérese e as inclinações naturais, do que deriva o conhecimento fácil e seguro dos preceitos fundamentais da lei natural”. Vê-se que, para o autor, embora o homem não compreenda *a priori* a totalidade dos preceitos da lei natural, é possível progredir em conhecê-los à medida que se aprofunda na matéria, pois, inerente à sua condição, o ser humano detém um núcleo fundamental que lhe permite investigar do que se trata a lei naturalmente dada e desenvolver a sua percepção.

Com base nessa ideia, o jusfilósofo espanhol observa que é factualmente possível à pessoa esquecer, ignorar ou mesmo violar a lei natural, afinal, não se trata de uma lei física, mas da realidade moral do homem (2006, 165). Ora, se o ser humano não compreende a totalidade da lei natural, é logicamente admissível que aja em desacordo com ela ou mesmo que formule ideias errôneas a seu respeito.

Nesse ponto, registra-se outro aspecto comum de Epistemologia entre as teorias jusnaturalistas e juspositivistas, qual seja a viabilidade da aplicação do raciocínio falibilista no âmbito do fenômeno jurídico. Trata-se de uma postura epistemológica em que o pesquisador formula sua teoria baseando-se em critérios razoáveis, mas admitindo a possibilidade de estar incompleta ou equivocada, de modo que uma crítica contundente à sua visão representa, em verdade, um avanço para a ciência.

Partindo de uma compreensão do “Direito enquanto fenômeno natural e cultural humano” (2016, p. 63), Machado Segundo expressa que “parece claro que sim, que é possível um estudo falibilista do Direito no que tange também ao significado de normas jurídicas específicas, sejam elas referentes ao Direito Penal, Civil, Processual etc” (2016, p. 66). Percebe-se que, apesar de não ter afirmado nesses termos, a visão de Javier Hervada coaduna-se com a teoria falibilista do conhecimento. Ademais, pressupondo-se, conforme esteado por Machado Segundo, que tal raciocínio serve aos diversos ramos do Direito, entende-se que se aplica, por via de consequência, também ao Direito Natural.

Ora, ao se reconhecer a falibilidade da razão humana em tomar conhecimento, não se nega a ciência do Direito Natural, sob pena de serem negadas todas as demais ciências em que esta tese também é empregada. Nessa linha de raciocínio, Hervada expõe (2006, p. 158), com particular caráter didático, que, assim como cabe aos biólogos dizer quais são as leis biológicas e aos economistas dizer quais são as leis econômicas, cabe ao jurista dizer o que é o direito, por ser essa sua ciência e sua função. Assim, quanto ao questionamento acerca de como e a quem cabe a decodificação específica dos direitos naturais, o espanhol responde apontando outra coincidência em com relação à ordem jurídica positiva, referindo que se

imputa ao jurista “dizer o que é direito natural – assim como o que é direito positivo – de duas maneiras: com autoridade jurídica pública, os juízes. Com autoridade privada, aos juristas especializados em direito natural” (2006, p. 158).

Com isso não se quer dizer que os juristas sejam infalíveis em seu mister, assim como os astrônomos não o são, tampouco os físicos ou os biólogos. Em verdade, a aplicação do raciocínio falibilista ao empreendimento cognitivo valoriza o progresso científico, na medida em que a teoria considerada como razoável é fortalecida à medida em que criticada, e sua ulterior refutação só se faz possível precisamente pelo aprofundamento do conhecimento acerca do objeto investigado.

Ao tratar do falibilismo, Mariano Artigas (2009, p. 244) comenta que, embora o intelecto humano não possua as características de lidar com demonstrações puramente lógicas com resultados perfeitos e certezas absolutas, é possível à pessoa alcançar conhecimentos verdadeiros e saber que os tenha alcançado, ainda que se cuide de uma verdade limitada e aperfeiçoável.

A aplicabilidade do falibilismo às teses juspositivistas e jusnaturalistas ocorre pelo comum procedimento epistemológico da realidade jurídica assumido por ambas: subsunção de fatos a uma lei dotada de autoridade para que se legitime uma situação como direito. Ocorre que a concepção jusnaturalista toma por referência um objeto mais amplo que o do positivismo jurídico, porquanto invoca a lei natural como fator apto a realizar a perspectiva da justiça nesse fenômeno. Tem-se, a partir dos exemplos históricos já aventados, que o reduzido objeto científico do juspositivismo não consagra a conformidade da legislação posta ao justo, o que gera inconsistência à ordem jurídico-social.

Embora se critique, conforme já analisado, a teoria do Direito Natural por ser essencialmente destituído de um sistema político que lhe atribua poder, o que lhe tornaria deficiente quanto ao aspecto da segurança jurídica, é de se notar que a consistência dessa tese consiste propriamente nessa prescindibilidade de institucionalização. Isso porque, enquanto o direito posto é ferramenta criada dentro de uma estrutura de poder – político –, o direito reconhecido como natural não está vinculado a esse sistema, que, por sua vez, é manipulável. Não se ignora que essa “manipulação” também é possível por quem reconhece a juridicidade natural, na medida em que a ausência de critérios inexoráveis para a consagração de seus conteúdos pode ser invocada de distintas maneiras e para fins diversos.

Ocorre que mesmo essa dificuldade – que poderia sugerir o antagonismo já desmistificado – há de ser considerada como passível de conciliação sob um viés epistemológico no já citado falibilismo. A insegurança jurídica ensejada pela imprecisão do

conteúdo do direito natural seria flagrada por uma tese cientificamente insubsistente, assim como a deformidade da legislação oficial contrária ao que se espera da norma justa se manifesta a partir das críticas que lhe são formuladas. Nesse contexto, ao analisar o desafio de compatibilizar a justiça na integração da ordem jurídica, Raimundo Bezerra Falcão (2008, p. 55) registra que “por uma incabível preocupação com a segurança, impossível é que se vede o ingresso do Direito Natural nas artérias do Direito Positivo, a fim de que lhe sobre o oxigênio que lhe garantirá vida imune às intermitências das lacunas porventura existentes”.

Ademais, a possibilidade de se criticar tanto um pretense conteúdo de direito natural como a conformidade do direito positivo com a justiça consigna que se tratam de ordens pertencentes ao mesmo fenômeno, qual seja o Direito como um todo. Isso é evidente ao se considerar que a complexidade da realidade jurídica não se restringe à verificação da legislação posta, tampouco aos ditames da lei natural, de forma que esses parâmetros, em verdade, complementam-se mutuamente. Segundo afirmado por Karl Larenz (1983, p. 143), “a ciência jurídica labora com base em modos de pensamento como a analogia, comparação de casos, conformação de tipos e concretização de critérios abertos de valoração, que possibilitam essa abordagem”.

Depreende-se do que fora exposto que a interseção entre as doutrinas jusnaturalistas e juspositivistas é possível, sob um viés epistemológico, pelo menos em três pontos: quanto ao modo de aproximação à ciência jurídica, quanto à percepção de uma realidade referente ao Direito e quanto à aplicação do raciocínio falibilista para o conhecimento de seu conteúdo. Assim, reafirma-se a viabilidade de composição entre as correntes para um profícuo avanço no entendimento do fenômeno jurídico. Ademais, corroborando essa constatação, vislumbra-se ainda outra possibilidade, consolidada na prática jurídica desde o último século, qual seja o estabelecimento da teoria dos princípios.

3.3. Conexão pela principiologia

A consagração dos direitos fundamentais inerentes ao homem, como indeclináveis e indisponíveis por serem intrínsecos ao indivíduo, encorpada principalmente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme já relatado, dá-se em meio a fatores como a proeminência da Constituição na hermenêutica jurídica e a constatação da inviabilidade de se definir o Direito evitando valorações, dentre outros. As teses que desenvolvem o tema a partir de tal marco foram genericamente designadas como

“neoconstitucionalistas”, embora, assim como a dicotomia investigada, o termo possa se referir a teorias das mais diversas matizações.

Tratando o assunto, Sgarbi (2007, p. 723) define que “por ‘teorias neoconstitucionalistas’ procura-se indicar as teorias cuja base ou raiz de articulação é o modelo do Estado constitucional e, assim, do direito ‘constitucionalizado’”. Aspecto característico desse modelo é a insuficiência e mesmo a impossibilidade de se reduzir a investigação jurídico-científica a uma atitude meramente descritiva, uma vez que o Direito não se esgota no ordenamento posto, senão contém também uma dimensão metafísica.

Nesse sentido, mesmo o texto constitucional, que fundamenta e orienta a ordem jurídica institucional, não se pretende exaustivo em seus dispositivos expressos. Em verdade, a constatação de que o direito não se identifica nem se encerra nos textos legislativos, em sentido amplo, serviu de base para o reconhecimento e a utilização de princípios como verdadeiras normas jurídicas. Essa compreensão fez com que tal espécie normativa fosse cada vez mais discutida no plano teórico e utilizada na práxis jurídica, de tal modo que Humberto Ávila (2005, p. 15) aduz que “é até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de Estado Principiológico”. Na mesma linha, Miguel Reale (2002, p. 317), para quem “os princípios gerais de Direito põem-se, dessarte, como as bases teóricas ou as razões lógicas do ordenamento jurídico, que deles recebe o seu sentido ético, a sua medida racional e a sua força vital ou histórica”.

Não se pretende neste trabalho esmiuçar as diversas teorias normativas desenvolvidas acerca dos princípios jurídicos, senão subsidiar o entendimento da razoabilidade como elemento de conexão entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, a ser exposto no capítulo de seguinte, de modo que as considerações a seu respeito serão firmadas nesse enfoque.

Sendo assim, importa mencionar a exposição de Bonavides (op. cit., p. 264) quanto à temática, para quem “as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”. O autor coloca a análise da juridicidade dos princípios, no decorrer do século XX, a partir das óticas dos jusnaturalismo, do positivismo e do pós-positivismo. No que se refere ao primeiro, Bonavides (idem, p. 261) aduz que a doutrina jusnaturalista entende os princípios jurídicos como “normas estabelecidas pela razão. São assim normas universais de bem obrar. São os princípios de justiça, constitutivos de um Direito ideal”.

No que toca ao juspositivismo, o constitucionalista concebe a inserção de princípios na legislação codificada como fonte normativa subsidiária, criticando tal corrente por “ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supraleais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica” (idem, p. 263). Tratando também o tema dos princípios jurídicos na concepção juspositivista, Fernandes e Bicalho (2011, p.110) referem que “são inseridos nas normas positivas, bem como nos textos teóricos, mas com uma posição supletiva ou interpretativa”, o que corrobora o exposto acima acerca de sua deficiência quanto ao caráter propriamente normativo.

Em relação à terceira ótica mencionada, Bonavides (op. cit., p. 288), ao asseverar que as normas jurídicas compreendem tanto regras como princípios, registra que “em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”.

A conexão pela teoria dos princípios é percebida na medida em que tanto jusnaturalistas como juspositivistas reconhecem a juridicidade desta espécie normativa, ainda que o façam em diferentes vieses. Para o jusnaturalismo, o princípio enquanto norma deriva da juridicidade natural, sendo seu significado obtido a partir da constatação de que as normas jurídicas são de uma parte dadas e de outra convencionadas, de tal forma que a normatividade não expressa encontraria fundamento precisamente na possibilidade de se extrair racionalmente um conteúdo jurídico para além do material institucionalizado. O juspositivismo, por sua vez, encara objetivamente o princípio jurídico como integrante do próprio funcionamento do sistema normativo posto, ou seja, como mecanismo interno do ordenamento.

Ao cuidar dessa relação, Reale (2002 p. 306) registra que os princípios jurídicos “se desenvolvem no plano do Direito Positivo, embora se fundem, de maneira mediata, em razões éticas ou de Direito Natural, desde que este seja concebido em função da experiência jurídica”. É que, para o autor (idem, p. 310-314), tal espécie normativa deriva de constantes ou invariantes axiológicas inamovíveis que dão sentido ao Direito, as quais, embora possam ser intelectualmente mal aproveitadas, condicionam inexoravelmente o ordenamento, o que é comprovado pela experiência histórico-jurídica.

Defendendo a possibilidade de um estudo científico dos valores consagrados no ordenamento, Machado Segundo (2014b, p. 254) registra que o juspositivismo não deve ignorá-los na temática da principiologia, ainda que se pautem em justificativa científicista. Em

sua palavras, ao discorrer especificamente sobre “princípios jurídicos, poder-se-ia dizer, em defesa da ‘cientificidade’ de seu estudo em moldes positivistas, que não se trata de valores subjetivos, mas objetivos na medida em que positivados na ordem jurídica”.

A divergência entre as concepções jusnaturalistas e juspositivistas, nesse campo, refere-se, ainda, ao reconhecimento de sua normatividade a partir da positivação, na medida em que aqueles a dispensam, ao passo que estes colocam tal condição. De toda forma, vê-se em ambas as correntes a distinção entre regras e princípios como espécies distintas de um mesmo gênero, qual seja a norma jurídica.

Importa mencionar que muitos autores que exploram o tema ora tratado não se intitulam como jusnaturalistas ou juspositivistas, de modo que são comumente classificados doutrinariamente como neoconstitucionalistas, de um modo genérico. De toda forma, mesmo este último grupo costuma ser dividido em não-positivistas e positivistas, conforme aponta Vigo (op. cit. p. 188). O jurista argentino esclarece, porém, que, apesar de algumas diferenças, os neoconstitucionalistas não-positivistas – dentre os quais o autor destaca Alexy e Dworkin – não se confundem com os jusnaturalistas.

Ao comparar esses dois últimos grupos citados, Vigo (idem, p. 189-203) elenca as principais coincidências entre ambos como referentes: ao entendimento de que nem todo conteúdo pode ser jurídico, à reabilitação da razão prática, ao reconhecimento de princípios no Direito, à argumentação para além da interpretação, à ciência jurídica descritiva e prescritiva, à relevância dos casos concretos, ao entendimento de sistemas jurídicos débeis e abertos, à importância da judicialização, à diversidade e ampliação das fontes do direito, à objeção de consciência e à ética do julgador. Arrolando as diferenças marcantes entre tais concepções, o autor (idem, p. 203-217) as coloca em diversas óticas, como: a antropologia, a epistemologia, o conceito de direito, os fundamentos da moral, o papel da prudência e as noções de bem comum e liberdade individual.

É certo que as teorias dos princípios vastamente difundidas nas últimas décadas do século XX não se declararam como jusnaturalistas ou juspositivistas, embora não pudessem evitar tocar em pontos relevantes já debatidos pelas correntes. Não por outro motivo, Alexy e Dworkin obtiveram notório destaque em suas teorias ao criticar a visão positivista do Direito, embora não se autodenominassem jusnaturalistas. É que o neoconstitucionalismo abriu espaço para uma discussão de conceitos já contrapostos por aquelas posições sem adentrar aos termos específicos do embate dicotômico.

Por exemplo, Dworkin (2002, p. 35-36), ao realizar o seu “ataque geral ao positivismo”, define o princípio jurídico como um padrão que deve ser observado por ser

“uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Veja-se que o jusfilósofo norte-americano atribui uma carga axiológica aos princípios, os quais possuem uma dimensão de peso ou importância (idem, p. 42), diferentemente das regras, que, por sua vez, “são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada” (ibidem, p. 39).

A visão de Dworkin a respeito dos princípios pauta-se em sua compreensão de Estado de Direito, a qual não foca apenas no repertório legislativo institucional, mas na existência de direitos e deveres morais entre os cidadãos, além de direitos políticos entre estes e o Estado, de forma a consagrar os direitos individuais. Em suas palavras (2005, p.7) essa concepção “exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique”. Embora reconheça que esse entendimento esteja mais suscetível a objeções de ordem filosófica (idem, p. 9), por prescindir da positivação para o reconhecimento de direitos morais, embasa-se na perspectiva de que “a justiça, no fim, é uma questão de direito individual, não, isoladamente, uma questão do bem público” (ibidem, p. 39).

Ademais, a visão integradora do direito, de Dworkin, conforme observado por Lima (2014, p. 146), “superou a discricionariedade judicial e passou a fornecer mecanismos mais adequados para a concretização dos princípios que orientam a formação do Estado Democrático de Direito”. A pretensão dworkiniana de vencer o paradigma positivista representa uma aproximação do direito com a moral, ensejando, dentre outros efeitos, um protagonismo da normatividade dos princípios jurídicos nesse contexto.

Em verdade, ao valer-se de matizações do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, o neoconstitucionalismo corrobora a ideia de composição entre as correntes, exposta alhures. Isso porque, embora não se identifique propriamente com nenhuma das duas, evidencia suas contribuições ao entendimento do Direito, especialmente na temática dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos.

Sobre esse ponto, Alexy (2014, p. 145) expõe que a construção dos direitos fundamentais pode ser feita tanto em regras como em princípios, de forma que tal análise consiste em “uma questão fundamental do constitucionalismo democrático”. A partir desse entendimento, o alemão, especificamente quanto ao tema ora trabalhado, critica a visão do positivismo jurídico, que condiciona o reconhecimento da normatividade principiológica à sua positivação. Em suas palavras (idem, p. 262), a tese positivista “afirma que toda incorporação de princípios é uma questão exclusivamente de direito positivo”. Não é que o autor negue a possibilidade de positivação de princípios, senão o entendimento de que qualquer conteúdo pode ser incorporado ao sistema jurídico com tal rótulo.

Isso porque impor como requisito para a caracterização do princípio a sua positivação seria incorrer em uma posição estritamente legalista, a qual se mostra, em seu entendimento (1994, p. 161), uma visão inadequada da realidade jurídica. Reconhecendo os direitos humanos com pertencentes à dimensão ideal do direito, Alexy expõe que a incorporação de conteúdos dessa categoria jurídica ao ordenamento expresso reforça sua tese da dupla natureza do Direito. Segundo o autor (2014, p. 318), “sua transformação em direitos fundamentais, ou seja, em direito positivo, representa o esforço de conectar a dimensão ideal à real”, o que se aplicaria, também, à teoria dos princípios.

O entendimento de Alexy acerca das dimensões ideal-crítica e real-institucional do Direito oferece luz ao paralelo existente entre jusnaturalismo e juspositivismo, especialmente na temática dos princípios jurídicos. Isso porque aponta para uma conexão existente entre ambas precisamente no reconhecimento de normas que não se restringem ao que se encontra expresso na legislação.

Importa mencionar que, não obstante tais considerações vastamente difundidas, o juspositivismo continua presente na ciência jurídica em tempos de neoconstitucionalismo. Fernandes e Bicalho (op. cit., p. 110) expõem que “as fortes críticas dos não-positivistas fizeram com que alguns teóricos do positivismo tentassem adotar sua teoria ao mundo atual”, de modo que são comumente reconhecidas pelo menos duas formas da doutrina juspositivista: o inclusivo e o exclusivo. Para Sgarbi (2007a, p. 735), trata-se de uma reação positivista, em que “tanto o ‘positivismo jurídico exclusivo’ quanto o ‘positivismo jurídico inclusivo’ se propõe a ser uma resposta a Dworkin em defesa de Hart através de alterações na formulação teórica deste último”.

Vê-se, portanto, que as teorias dos princípios vastamente propagadas em meio ao neoconstitucionalismo revela, na verdade, uma aproximação, em outros termos, entre importantes temas que já eram debatidos, de forma polarizada, pelas correntes do positivismo jurídico e do Direito Natural. Embora reacenda algumas questões, percebe-se que a partir da principiologia é sobreposta uma nova visão sobre tais pontos, visto que tende a conciliar matérias como a objetividade das normas e sua carga axiológica, segurança jurídica e justiça, observância à institucionalidade e proteção a direitos individuais.

Nesse contexto, a razoabilidade assume papel fundamental, uma vez que se mostra como objeto absolutamente inafastável da ciência jurídica, mormente no que toca à conciliação supramencionada. Assim, embora haja divergência doutrinária acerca de sua caracterização como um princípio jurídico, como se verá adiante, é certo que se trata de um fator de justificação teórico e prático do Direito, visto que lhe oferece uma baliza racional

indeclinável sob um ponto de vista abstrato, bem como é empregado pacificamente no âmbito jurisdicional.

4 A RAZOABILIDADE NO CONHECIMENTO DO FENÔMENO JURÍDICO

A divergência doutrinária entre jusnaturalistas e juspositivistas é um exemplo das diversas discussões polarizadas que existem nos mais diversos ramos do Direito. Cite-se, no âmbito do Direito Penal, a constante tensão entre os chamados garantistas e não-garantistas, assim como no Direito Internacional a questão do monismo e do dualismo em relação à correspondência entre as ordens jurídicas interna e externa. Em termos gerais, a cisão de entendimentos se dá a partir de perspectivas e parâmetros distintos sobre um mesmo objeto, de modo que a discordância é algo constante e normal na realidade jurídica.

Entretanto, pode-se falar também em unanimidade em relação a determinados conteúdos, tidos como inafastáveis em relação ao Direito. É o caso da razoabilidade, visto que se trata de matéria presente tanto na teorização de conceitos jurídicos como em sua aplicabilidade, sobretudo em decisões judiciais. Assim, trata-se de elemento que conecta, pelo menos de início, os mais variados dissensos acerca do fenômeno jurídico, dentre os quais a dicotomia ora tratada, visto que nenhuma teoria sólida pretende refutá-la, afastá-la ou mesmo ignorá-la.

Assim, acontece com a razoabilidade algo diferente da ideia de justiça. Conforme já apontado, há correntes jusnaturalistas que identificam o direito com o justo, ao passo que existem juspositivistas que, apesar de reconhecerem a estreita relação entre tais conceitos, excluem tal análise do objeto da ciência jurídica. No caso da razoabilidade, cuida-se de aspecto que não permite desconsideração, sob pena de descaracterizar o próprio ordenamento jurídico teorizado.

A imprescindibilidade da razoabilidade para a compreensão do Direito funda-se em sua manifestação como mecanismo inerente ao próprio ordenamento, funcionando como recurso específico para a conjugação de tensões internas e também na apresentação de razões acerca dos direitos, de modo a retificar a percepção jurídica. É com base no que se julga razoável que são resolvidas insuficiências e sanadas incoerências da ordem jurídica, de modo que há de estar presente tanto na atividade legiferante como na hermenêutica.

Na visão juspositivista, a razoabilidade consiste em ferramenta interna apta a orientar soluções dentro do próprio sistema, ao passo que, na concepção jusnaturalista, consiste em conteúdo jurídico dado, o qual sequer precisa ser previsto ou mencionado no direito positivo para que seja aplicável, porquanto constante na juridicidade natural. Mais uma

vez, ambas as correntes reconhecem a matéria, porém divergem quanto ao parâmetro utilizado para fundamentá-la.

Desse modo, neste capítulo, a análise da razoabilidade como elemento de conexão entre as doutrinas juspositivistas e jusnaturalistas terá como ensancha o seu papel em uma tensão constante na realidade jurídica, qual seja o da harmonização entre segurança jurídica e justiça sob o enfoque da dicotomia. Neste ponto, a razoabilidade reforça a ideia de composição entre as correntes, sobretudo em razão da possibilidade de coexistência daqueles aspectos no Direito.

Tomando-se o tema sob o aspecto da jurisdição estatal, tem-se que o surgimento de impasse que apareça ao juiz como deliberação entre a segurança jurídica em detrimento da justiça, ou vice-versa, pode ser superado pela consideração do que é razoável, de modo que, conforme relatado, essa percepção específica conecta elementos importantes das principais teorias do Direito como plano de fundo.

Nesse contexto, o tema do ativismo judicial é faceado tendo por base as insuficiências do sistema jurídico, de modo que o juiz opera no sentido de resolver esse problema consoante a situação que lhe é apresentada. Ocorre que essa atividade envolve discussões complexas como a separação de poderes e os limites da decisão do magistrado, de modo que também nesta seara a razoabilidade funciona como régua de avaliação e orientação para o julgador.

Entendido o alcance do tema investigado no que toca ao âmbito judicial, passa-se à análise da razoabilidade como elemento teórico imprescindível para o conhecimento do Direito. É que se trata de noção racionalmente inafastável da compreensão do que é devido, pois implica tanto na estabilização de balizas gerais dos conteúdos verificados como na definição de medidas de direitos em caráter específico.

Assim, investiga-se conceitualmente a razoabilidade no contexto do Direito, de modo a examinar como o tema é cuidado na doutrina, sobretudo com atenção à sua natureza jurídica, às possibilidades de seu emprego no ordenamento e em que medida é ferramenta apta a servir como justificação em sentenças judiciais.

Dessa forma, analisa-se o modo como a razoabilidade vem sendo utilizada na jurisprudência brasileira, com vistas a apurar a repercussão daquelas implicações teóricas na práxis jurisdicional. Isso porque é nesse âmbito que se percebe com maior nitidez a apresentação de razões a seu respeito, bem como em que tipo de casos a razoabilidade é invocada como argumento apto a fundamentar uma decisão judicial.

Com isso, pretende-se visualizar em que medida a razoabilidade funciona como elemento de conexão entre as doutrinas jusnaturalistas e juspositivistas, tanto em um aspecto teórico de cognição racional da ciência jurídica como na argumentação prática acerca do direito manifesta na decisão judicial.

4.1. O dilema da conjugação da segurança jurídica com a justiça na função jurisdicional do Estado

A conciliação entre segurança jurídica e justiça é um imbróglio que pode suscitar diversas considerações entre os teóricos do Direito. Uma das formas de se apresentar essa problemática é a discussão que envolve o jusnaturalismo e o juspositivismo, conforme já abordado. Embora a questão possa ser colocada como externa à ciência jurídica, como fazem alguns positivistas com relação à justiça, é certo que se tratam de noções que baseiam consistentes empreendimentos científicos acerca do fenômeno jurídico, de modo que são comumente reportados dentre os principais fins e funções do ordenamento.

Dessa forma, segurança jurídica e justiça funcionam como vetores que apontam para a realização ideal do Direito, qual seja uma realidade em que ambas estejam consagradas. Ocorre que em várias situações esse alcance mostra-se tormentoso, de modo que se parece ter que eleger entre uma ou outra, tanto na análise de teorias jurídicas como na apreciação de litígios judiciais. Isso ocorre quando a observância à legislação remete a uma situação que não se mostra adequada sob o viés da justiça, assim como quando, em nome desta, pretende-se ignorar o que fora institucionalmente convencionado.

Na via jurisdicional, o dilema revela-se mais nítido, na medida em que o juiz deve proferir sua decisão e fundamentá-la, indicando os argumentos que o conduziram àquele resultado. Embora se pretenda que, pelo menos em um plano ideal, segurança jurídica e justiça sejam harmonizadas, o magistrado se depara continuamente com cenários em que essa composição não se mostra evidente e, mesmo assim, haverá de proferir a sentença.

Conforme registra Marcelo Lima Guerra, confeccionar uma sentença envolvendo “tema complexo e controvertido é algo que, como se sabe, deve ser feito sob fortes pressões: a exigência de duração razoável do processo requer que o juiz, mesmo sem ter exaurido as possibilidades de investigação doutrinária e reflexão crítica, produza alguma decisão” (2009, p. 13).

É com base nessas possibilidades que se apresentam ao julgador que Dworkin (2002, p. 127-204) desenvolve sua tese acerca dos “casos difíceis”. Em suas palavras, essa

“teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos” (op. cit., p. 127). Essa situação é bem retratada por Lon Fuller no seu fictício caso dos exploradores de cavernas, em que o autor expõe a diversidade jurídico-argumentativa que se apresenta diante de uma mesma situação, referindo que sua construção tem “o propósito único de trazer para um mesmo foco certas filosofias divergentes de Direito e de governo” (2015, p. 77).

A sensatez mencionada por Dworkin importa para esclarecer que, mesmo a partir de julgadores que oficiam com retidão de intenção, as possibilidades de decisão variam mormente em casos qualificados como difíceis. Esse aspecto subjetivo relacionado ao magistrado certamente repercute na sentença, razão pela qual Bonaldo Silva (2017, p. 148) sustenta uma correspondência entre as virtudes do julgador e o resultado da demanda judicial que lhe é submetida. Em suas palavras, “o aprimoramento do caráter de quem exerce a profissão de juiz através das virtudes morais redundando no aperfeiçoamento da prestação jurisdicional”.

A par de tal consideração subjetivista, existem os critérios objetivos que subsidiam a resolução do problema. Aqui já não se considera mecanismos como a legislação, a analogia ou a jurisprudência, visto que se pressupõe já tenham sido utilizados pelo magistrado e ensejaram precisamente a dificuldade de conjugação da segurança jurídica com a justiça. Nesse contexto, a razoabilidade é invocada especialmente quando o juiz, diante das ferramentas jurídicas de que dispõe para analisar o caso, constata uma pluralidade de caminhos decisórios e a necessidade de definir entre apoiar-se na firmeza da legislação e buscar uma alternativa justa.

Assim, o questionamento acerca do razoável há de orientar o magistrado nessa tarefa, inclusive, servindo-lhe como fundamentação da própria sentença proferida, de forma a subsidiar a resposta adequada ao caso concreto. A razoabilidade serve ao juiz, portanto, como mecanismo profícuo à correta aplicação do Direito, tratando-se de conceito que merece ser aprofundado para que seu uso seja aprimorado, principalmente diante daqueles casos tidos como difíceis, quando se parece ter que se aproximar da justiça ou da segurança jurídica em detrimento uma da outra.

Tratando essa ideia em outros termos, qual seja o de uma “pressuposta regra da coerência”, Bobbio (1995b, p. 113) coloca que se trata de uma condição de justificação do ordenamento, ao expor que diz respeito a “duas exigências fundamentais em que se inspiram

ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade)”.

Essa regra pressuposta remete à supracitada consideração de Eros Grau em aludir as ideias de direito posto e direito pressuposto, em cotejo com o direito positivo e o direito natural, respectivamente. Com efeito, pressupõe-se a razoabilidade ao se trabalhar com a ideia de serventia do ordenamento jurídico, de modo que se prescindir de uma previsão legal a seu respeito para que seja colocada à disposição do operador do direito. O Direito pode ser encarado como artefato cujos fins não estão delimitados nele ou por ele mesmo, mas por condições que o transcendem. Nesse sentido, a razoabilidade funciona como indicativo da correta utilização do ordenamento.

As considerações teóricas e as implicações práticas relacionadas à razoabilidade serão tratadas nos dois tópicos a seguir. Neste momento, impõe-se trabalhar o tema do ativismo judicial, uma vez que é em meio a esta realidade que usualmente os juízes se valem das inconsistências do sistema jurídico para atuar de modo a consagrar direitos. Conforme expõem Rossi e Pamplona (2013, p. 22), “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

Trata-se de fenômeno que ganhou força em meio ao neoconstitucionalismo, propiciado sobretudo em razão de fatores já considerados neste trabalho, quais sejam a proeminência dos direitos fundamentais e a normatividade dos princípios jurídicos. É possível perceber que sua essência tem um cunho jusnaturalista, na medida em que se pauta pela insuficiência da legislação promulgada, de modo que, valendo-se dessa premissa, busca-se a melhor solução para um caso concreto apresentado à apreciação do Judiciário.

Ocorre que essa percepção leva precisamente àquilo que os teóricos do positivismo jurídico criticam em relação ao Direito Natural: a insegurança proveniente das características dos parâmetros utilizados. Entretanto, conforme já trabalhado, essa sensação acontece na medida em que se pretende comparar o conhecimento do direito positivo com o do direito natural. Isso porque os seus conteúdos são acessados de formas distintas, assim como a fundamentação da sentença ocorre diferentemente para a subsunção dos fatos a regras e princípios. Nessa conjuntura, a razoabilidade exerce papel-chave também para o entendimento de que o ativismo judicial não há de ser concebido como arbitrariedade do juiz para julgar o caso concreto, tampouco como permissão para adentrar às esferas próprias dos outros poderes estatais.

Tratando do tema nos termos da dicotomia ora estudada, Maillart e Rios (2016, p. 37) aduzem que “o ativismo judicial garante aplicabilidade aos direitos e garantias constitucionais dos cidadãos, permitindo o equilíbrio necessário entre o direito positivo e a aplicabilidade da norma”.

O ativismo no âmbito do Judiciário reflete a tentativa feita pelo juiz de consagrar o justo na aplicação do direito positivo quando este se mostra insatisfatório. Há, no caso, uma atividade hermenêutica orientada a buscar em um parâmetro extrapositivo a solução judicial acertada. Conforme expõe Reale (2002, p. 318) ao tratar de conflito entre normas de Direito Natural e de Direito Positivo, “a questão se resolve, ou se ameniza, através de processos interpretativos, graças aos quais a regra jurídica ‘injusta’ vai perdendo as suas arestas agressivas, por sua correlação com as demais normas, no sentido global do ordenamento”. Essa concepção corrobora a consideração de que jusnaturalismo e juspositivismo não se excluem, uma vez que o ordenamento posto é utilizado normalmente na sentença judicial, a qual o considera mesmo quando se mostra deficitário. É que a visão positivista não possui ferramentas próprias para a solução de problemas desse tipo, sendo necessário, por exemplo, consagrar a justiça na decisão judicial valendo-se da juricidade para além da positivada.

Importa frisar que, com base nesse fundamento, o ativismo judicial cuida-se de uma postura a ser tomada diante de situações de injustiça, o que significa que há de ser realizado exclusivamente com esse fim, uma vez que a via jurisdicional não é a apropriada para criar soluções políticas ou administrativas. Sendo mal empregado, corre-se o risco de pôr em descrédito a própria decisão judicial e gerar conflitos com as demais funções estatais, além de contrariar a sua finalidade específica, qual seja a consagração da justiça.

É em razão dessa má utilização que o ativismo judicial pode ser referido de forma depreciativa, como se juízes pretendessem se imiscuir em funções típicas de legisladores e administradores. Entretanto, sob o ponto de vista de que o magistrado é o sujeito responsável, em última análise, por “dizer o direito”, ou seja, definir o que é justo nas situações concretas que lhes são apresentadas, trata-se sobretudo de um dever de buscar a solução jurídica dos casos tanto em dispositivos de direito positivo como em seu fundamento. Uma negação completa ao ativismo judicial consistiria em atrelar o magistrado inexoravelmente ao texto promulgado no âmbito legislativo. Barroso (2013, p. 875) registra que “o oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações de outros poderes”.

Ao conceber a possibilidade de conexão das teorias jusnaturalistas e juspositivistas neste ponto, percebe-se que a margem de atuação do juiz não se esgota no

direito positivo, uma vez que se mostra insuficiente em seu próprio sistema. Assim, constitui-se como um dever de sua parte aplicar a solução jurídica que se mostrar desejável sob o ponto de vista da justiça. Porém, há de considerar que tal possibilidade não o coloca como se fosse capaz de criar o justo, quando, na verdade, busca-o como fim, de modo que uma deturpação desses termos implica necessariamente em arbitrariedade.

Nesse sentido, evidencia-se que existe um raciocínio tipicamente jurídico, o qual exige uma dinâmica específica das ferramentas de aplicação do direito. Na decisão judicial, não obstante possa ter caráter interdisciplinar para expressar seu conteúdo, ou seja, valendo-se de conceitos de outras ciências, requer-se que a forma e o método empregados na exposição da justificativa sejam coerentes e correspondam com o rigor exigido para a atuação da autoridade jurisdicional.

Ao considerar o conceito de função jurisdicional estatal, Marcelo Lima Guerra (2010, p. 528) expõe “só pode ser compreendido à luz de um peculiar ordenamento jurídico. É que tal figura nada mais é do que um conjunto ou agregado de normas, uma instituição, pertencente a outro conjunto ou agregado de normas, a saber, a instituição chamada ‘Estado’”. Assim, o reconhecimento da jurisdição como uma realidade institucional enseja a conclusão de que o juiz tem um papel definido nesse contexto, ou seja, a atividade que empreende – sobretudo na decisão judicial – está atrelada à essência da função jurisdicional, à sua própria constituição enquanto tal.

O discurso utilizado para a motivação da sentença, no contexto do ativismo judicial, há de considerar que direito e política, embora próximos como ramos do conhecimento prático, não podem ter suas atuações aproximadas de maneira excessiva ou desarrazoada, sob pena de se desvirtuar a função jurisdicional. Fatores subjetivos podem levar à busca de finalidades contrárias à correta atuação do julgador até mesmo nas mais elevadas instâncias do Judiciário, o que pode ocorrer discretamente, sob uma má utilização da retórica, a qual serviria como embuço.

Veja-se que, nesse contexto, o aspecto discursivo empregado na fundamentação reflete a idoneidade do ativismo judicial, na medida em que sua real necessidade corresponde à insuficiência do sistema positivo, de modo que há de pautar-se em um discurso que vise à satisfação da justiça, portanto, jurídico. Sói no deturpado ativismo judicial uma constatação de exacerbados argumentos de índole política para justificar a decisão, sendo precisamente esse o ponto a demonstrar a sua incoerência, uma vez que o discurso retórico não é o adequado para a definição do justo.

Com isso, não se nega a relação entre as realidades jurídica e política, a qual, pelo contrário, ocorre de forma bastante intensa. Na verdade, Direito e Política são noções que guardam relevantes ligações entre seus campos, porém não se há de identificá-los, conforme se viu ao expor alhures algumas deficiências do positivismo jurídico, dentre as quais essa errônea compreensão. As reflexões sobre a interseção entre as esferas da vida política e jurídica admitem diversos níveis de análise, segundo Alejandro Castaño Bedoya (2014, p. 352), o qual trata do tema sob a ótica do Direito Natural.

Ao expor a simbiose entre tais ramos, Paulo Bonavides (2000, p.18) sustenta que a ciência jurídica não se confunde com a ciência política, embora reconheça que esta, com respeito àquela, “deve manter estreitas relações, fazendo do sistema institucional, sancionado pela ordem jurídica, o ponto de apoio mais firme com que estender a outras esferas sociais todas as indagações de cunho caracteristicamente político”.

Na filosofia clássica, Aristóteles (2009, p. 147-148) já apontava para a importância de distinguir tais disciplinas, ao defender que a qualidade do governo se baseava na boa constituição de três elementos. Conforme expõe, “uma dessas três partes está encarregada de deliberar sobre os negócios públicos; a segunda é a que exerce as magistraturas [...] a terceira é a que administra a justiça”.

No campo teórico-científico, a herança da filosofia aristotélica resultou na sistematização de disciplinas, valendo-se de suas definições para segmentar e concatenar os tipos de conhecimento, o que explicita as distinções entre direito e política. Em sua concepção (2002, p. 270-271), “todo conhecimento racional é ou prático, ou produtivo, ou teórico”.

Com efeito, percebe-se que essa distinção decorre da existência de características e finalidades diferentes entre tais ciências. Javier Hervada (2006, p. 133-136) as coloca como espécies dos saberes práticos sobre a realidade moral, aduzindo que a ciência jurídica volta-se restritamente para a determinação do justo, ao passo que a ciência política analisa a conduta humana sob a ótica do bem comum e da ordem social.

Assim, nada obsta que argumentos políticos componham a fundamentação da sentença, em razão da própria relação entre essa ciência e o direito. Em verdade, o que se deve afastar é a possibilidade de o discurso político prevalecer sobre a perspectiva jurídica em uma decisão judicial. Atienza (2006, p. 45) refere que, nesse contexto, revela-se a importância da investigação referente à argumentação jurídica, a qual surge como teoria a partir de uma revolução na estrutura discursiva das decisões judiciais, que priorizavam tão somente os aspectos lógicos formais para a apreciação dos raciocínios jurídicos. Nesse contexto, exemplifica-se o destaque da “nova retórica” de Chaïm Perelman (2004, p. 8), com notada

influência aristotélica, cujo entendimento consiste em que a lógica jurídica não faz parte da lógica formal, o que reforça o panorama de reação à perspectiva juspositivista.

A importância da análise do discurso nesse contexto é elucidar que, malgrado direito e política guardem fortes relações entre si – o que se evidencia, inclusive, pela institucionalização da função jurisdicional –, a fundamentação de uma decisão judicial deve pautar-se pela ótica da justiça, valorizando-se aspectos dialéticos e lógicos em vez de retóricos e poéticos. Embora estes caibam normalmente na argumentação exposta na sentença, o discurso de cunho jurídico não há de colocá-los em proeminência, em detrimento daqueles, o que seria próprio do discurso político.

A prevalência de tais matizes servem como baliza para a avaliação da tônica política no ativismo judicial. Considerando-se que a função jurisdicional consiste em uma realidade institucional atrelada a um raciocínio jurídico específico, impõe-se ao magistrado uma forma peculiar de discurso a ser tomado em suas decisões. Com base nessa ideia é que o juiz tem o dever de se ater ao pedido formulado, de observar imparcialmente os materiais jurídicos pugnados pelas partes, de não se eximir voluntariamente da obrigação de decidir, dentre outros¹, como, especificamente na ótica deste trabalho, reprimir atos que prejudiquem a satisfação da justiça.

Isso porque a razão do ativismo judicial encontra fundamento precisamente na perspectiva de o magistrado ter o dever de não proferir uma decisão injusta. Essa possibilidade não se pauta na positivação de uma norma que preveja esse tipo de poder ao magistrado, mas decorre da própria compreensão do sistema jurídico e da função jurisdicional.

¹ A título de exemplo, colaciona-se alguns dispositivos do Código de Processo Civil (CPC) vigente que elencam deveres dos juízes:

Art. 7º: É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 8º: Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Art. 9º: Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela duração razoável do processo;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

A partir dessa consideração, veja-se na nota destacada abaixo que o art. 8º do CPC impõe ao juiz, na aplicação do ordenamento jurídico, a observância à razoabilidade. A promulgação deste preceito dentre as normas fundamentais da matéria, reflete, por óbvio, a importância de se garantir tal pretensão. Entretanto, cuida-se de norma que prescindiria de positivação para que fosse aplicada, por se tratar de ideal indeclinável em relação ao idôneo manejo da função jurisdicional, reforçando-se a ideia de harmonização entre o jusnaturalismo e o juspositivismo.

Dessarte, em virtude dessa inafastabilidade da razoabilidade no que diz respeito à aplicação do ordenamento jurídico, mormente na sentença judicial, faz-se necessário aprofundar em seu conceito, entendendo-se em que medida serve para a fundamentação teórica do próprio Direito, bem como visualizar sua utilização na jurisprudência. É o que será feito a seguir.

4.2. Razoabilidade como justificativa teórico-racional do Direito

A relação da razoabilidade com o ordenamento aponta para a prescindibilidade de previsão daquela em textos legislativos para que seja operada juridicamente. Depreende-se que tal aspecto diz respeito à racionalidade específica que caracteriza o Direito, uma vez que a afastar a ordem jurídica da razão implicaria em torná-la instrumento estéril e disforme, além de negar a condição humana essencial. Ora, sendo racionais os seres humanos, que decidem de comum acordo estabelecer regras entre si para permitir e aperfeiçoar uma convivência civilizacional, não há como se cogitar de tal feito destituído de uma essência racional.

Nessa linha de raciocínio, Javier Hervada (2008a, p. 228), ao tratar da função da razão e da vontade na constituição da norma, analisa precisamente esse ponto, aduzindo que “uma norma irracional não será produto originário da razão, mas efeito de uma razão encadeada e à disposição de um arbítrio desordenado; por isso terá um vício essencial: não será uma verdadeira norma jurídica, e sim uma arbitrariedade”. O ordenamento jurídico, portanto, tem um caráter racional que o identifica e serve de parâmetro para examinar as incongruências.

A presença da razoabilidade no fenômeno jurídico ainda que não exista previsão a seu respeito em qualquer dispositivo legal mostra-se como realidade pertencente à essência do Direito, não como algo construído, convencionado ou dependente de deliberação. Nesse sentido é o entendimento de José de Albuquerque Rocha, para quem a razoabilidade consiste em um princípio jurídico. Em suas palavras (2009, p. 30), reconhece “a existência de

princípios que, embora não expressos, podemos considerar implícitos no ordenamento jurídico. Exemplo é o chamado princípio da razoabilidade”.

Nesse contexto, percebe-se que se trata de valor ligado à lógica jusnaturalista, de modo que sua positivação – como ocorre, por exemplo, no mencionado art. 8º do CPC e no art. 5º, inciso LXXVIII², da Constituição Federal – corrobora a conexão entre as correntes dicotômicas estudadas neste trabalho. Ao comentar esse dispositivo na perspectiva da processualística civil, o qual prevê um dever de observância direcionado ao órgão jurisdicional, Fredie Didier Jr. (2017, p. 78-82) enxerga uma relação entre a razoabilidade e o devido processo legal, reconhecendo, entretanto, que aquela pode ser extraída também a partir de outras normas jurídicas que não se referem à temática processual. De todo modo, ao aduzir acerca da desnecessidade de ter o preceito positivado para que seja operado, expõe que “as constituições brasileiras anteriores a 1988 não continham texto normativo sobre o devido processo legal, nem por isso deixaram de ser aplicadas a proporcionalidade e a razoabilidade”³.

De pronto, cumpre registrar que, na realidade brasileira, a par da sua positivação, percebe-se haver uma identificação do princípio da razoabilidade com o princípio da proporcionalidade em algumas posições doutrinárias e jurisprudenciais. Nesse sentido, exemplificando-se o primeiro caso, Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 487) observa que um “juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito)”. No que diz respeito à jurisprudência, cita-se que, no Supremo Tribunal Federal, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são tratados indistintamente nas decisões proferidas no HC 76.060, no RE 573.675, no Inquérito 1.247, dentre outras.

O aspecto de justificação prática da razoabilidade no Direito, precisamente na jurisprudência brasileira, será analisado no tópico seguinte, de modo que a menção a tais julgados visa, por ora, a esclarecer sua peculiar relação com a proporcionalidade entre os operadores jurídicos no Brasil, tanto em âmbito acadêmico como jurisdicional.

² Trata-se da razoável duração do processo entre os direitos e garantias fundamentais: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

³ O devido processo legal está positivado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Não obstante se cuide aqui apenas de um aspecto específico da razoabilidade, qual seja sua aplicação com significado jurídico a orientar outras normas e mesmo a atividade do juiz, é certo que se trata de um conceito mais amplo, que norteia não somente casos específicos, mas todo o ordenamento e sua respectiva lógica sistêmica. De todo modo, faz-se imprescindível mencionar esse aspecto da razoabilidade, em sentido estrito, para ilustrar em que medida tal valor, embora não previsto expressamente como regra de um ordenamento, pode ser aplicado concretamente para a resolução de questões jurídicas, como no controle de constitucionalidade, na fundamentação de sentenças que resolvem litígios ou mesmo para orientação hermenêutica.

Isso porque a razoabilidade funciona como régua de apreciação jurídica para além do direito convencional, ou seja, subsidia a resolução do caso concreto buscando fundamento na justiça, não se restringindo às regras positivadas. Essa aplicação, conforme abordado no tópico anterior ao se trabalhar o tema do ativismo judicial, evita o engessamento do próprio ordenamento e prepara-o para o seu correto uso, qual seja promover o justo em cada situação.

Deve-se reconhecer que tal tarefa não é das mais simples, sobretudo quando referido propósito ocorre no âmbito das decisões judiciais. É que a razoabilidade, pautada na citada racionalidade, requer uma característica especial por parte de quem a emprega, qual seja a virtude da prudência. Essa espécie de requisito consiste em atributo fundamental para que o aplicador do direito possa exercer satisfatoriamente seu mister nesse ponto.

A razoabilidade funciona como baliza para a decisão do caso, de forma que exige uma qualidade pessoal de quem há de dizer, em instância definitiva, o que é justo. Não por outro motivo, Rafael Veras Castro Melo, ao pesquisar a formação do jurista na prudência, expõe uma relação necessária entre a averiguação da ideia de verdade, a investigação sobre a justiça e a virtude da prudência (2017, p. 49).

Ora, se o Direito há de ser encarado sob a ótica da justiça, a resolução judicial de litígios, que corresponde a definir o direito em uma situação concreta, pode e deve valer-se da noção de razoabilidade, o que prescinde de convenção legislativa. Entretanto, essa ferramenta reclama um peculiar caráter virtuoso de quem a maneja, no sentido em que corresponde à sabedoria prática orientada para o bem comum.

A prudência enxergada como virtude remonta à concepção aristotélica, a qual ultrapassou os séculos e ainda costuma ser trabalhada na ciência jurídica. Tercio Ferraz Jr. (op. cit., p. 57) explica que mesmo o termo jurisprudência está ligado ao “fronesis” que a filosofia grega entendia como a virtude relacionada ao discernimento.

Nessa operação, para percepção mais acurada de uma dada situação com vistas a chegar a uma decisão prática melhor, a razão deveria perpassar oito estágios que são atos integrantes da prudência, segundo Tomás de Aquino (2014, p. 25-35), em estudo que resgata os autores clássicos que o antecederam. A título ilustrativo, as oito partes que integram a prudência, parte delas de caráter cognitivo e outra parte de natureza deliberativa são: a memória, a inteligência, a docilidade, a sagacidade, a razão, a previdência, a circunspeção e a precaução. Ao se compreender como se atualizam tais passos, que são atos internos que integram a prudência, torna-se mais fácil entender a conexão dela com decisão justa.

Sendo assim, à medida que a virtude da prudência faz-se necessária para a determinação do justo a partir de critérios razoáveis, com base na sabedoria prática, vê-se que a razão ocupa lugar de proeminência, quanto ao Direito, em detrimento da vontade. Sem desconsiderar que as normas positivas são imprescindíveis para um ordenamento jurídico, é certo que mesmo a convenção de tais regras deve se pautar por argumentos racionais, estando-lhes adstritos, o que ratifica a ideia exposta acima.

A razão jurídica, portanto, tem um caráter eminentemente prático, de modo que o desenvolvimento da virtude da prudência no âmbito do Direito é ponto que merece ênfase principalmente no aspecto da formação do jurista. No entendimento de José Chávez-Fernández Postigo, a prudência constitui um elemento ou momento essencial do exercício dos logoi do humano, algo como sua pedra angular no que diz respeito à hermenêutica (2016, p. 84). Apesar de os conceitos de “racional” e “razoável” se desprenderem da razão, Cuno Cruz (2010, p. 215-218) destaca que não se identificam, sobretudo pelo motivo de a razoabilidade estar ligada à ideia de aceitação, ao passo que a racionalidade se fundamenta em demonstrações objetivas e conclusões de ordem metodológicas. Nesse entendimento, a razoabilidade não consiste em um processo lógico-demonstrativo, senão como a justificação de uma decisão como aceitável, a partir da avaliação dos argumentos expostos.

É de se destacar que a doutrina do Direito Natural resgata esse caráter de a natureza humana, mormente no que diz respeito à racionalidade, servir como referencial necessário para a confecção de textos legislativos. Sem ignorar a ampla discricionariedade do legislador positivo, a qual é necessária para atender as peculiaridades de cada sociedade, é certo que o aspecto racional deve prevalecer sobre o aspecto volitivo, ainda que pautado no argumento da democracia.

A deliberação de propostas legislativas se dá com base na criatividade humana, invocando-se razões que fundamentam sua conveniência, de modo que se evidencia o caminho pautado na racionalidade para a edição do ordenamento jurídico. Nesse ponto, há de

se buscar elucidar o elo entre “as exigências de uma concepção política do legislativo com as teorizações do ato de legislar”, conforme observam Cunha e Dip (2001, p. 157). Dessa forma, a discricionariedade do legislador não resta prejudicada, senão enaltecida e assegurada por uma argumentação racional.

Ademais, deve-se esclarecer que não se afirma que todos os caracteres de uma norma positiva devem consagrar preceitos de lei natural. Conforme já mencionado, o órgão legislativo goza de ampla discricionariedade para decidir sobre situações às quais a razão humana é totalmente indiferente. É o caso, por exemplo, da definição de alíquotas tributárias, que dependem primariamente de necessidades locais relacionadas a organização econômica e práticas sociais.

O que se deslinda é que o direito positivo está condicionado ao caráter racional de uma juridicidade natural que lhe serve de base. Entretanto, a razão humana, em geral, não define inexoravelmente o que deve ser estabelecido em cada situação, apenas norteia um mínimo a ser seguido. Há, ainda, casos em que o discurso racional é prescindível, de modo que o ato puramente volitivo pode ser legítimo, conforme acima exemplificado.

Tratando o Direito como instrumento apto a realizar concretamente a razão prática, Alexy, ao sustentar a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica (2001, p. 321) afirma que “surgem os motivos racionais para a introdução de um procedimento institucionalizado visando a criação de normas jurídicas”.

É certo que o fenômeno jurídico ocorre, portanto, precisamente em virtude de necessidades racionais, de modo que a racionalidade mesma há de ser o fundamento do próprio viés normativo. A razoabilidade é considerada sobretudo na análise jurídica do caso concreto, de forma que é empregada, principalmente, pelo exercício da virtude da prudência. Nesse contexto, tem-se que tais aspectos são basilares para a percepção do Direito tanto em sua juridicidade natural como em sua vertente positiva.

A par da consideração racional de inafastabilidade da razoabilidade em relação ao conhecimento do fenômeno jurídico, impõe-se analisá-la em seu aspecto conceitual trabalhado por teóricos do direito, à luz da dicotomia estudada. É que o exame de tais definições permite o entendimento de sua aplicabilidade e do alcance de suas implicações.

Na visão de Alexy, a razoabilidade é tratada em cotejo com a ideia trabalhada em sua tese da dupla natureza, qual seja a de que o Direito compreende necessariamente tanto uma dimensão fática ou real como uma ideal ou crítica. É que, para o alemão (2013, p. 99), no

que diz respeito à segunda, a correção moral está intrinsecamente ligada à razoabilidade prática⁴.

Trabalhando o tema sob a ótica da hermenêutica, Larenz (op. cit. p. 141) refere que a interpretação das leis pauta-se não somente em critérios objetivos como a constatação de fatos e a observância da lógica, mas exige-se, ainda, uma abertura à subjetividade, por meio das “considerações de razoabilidade”. Nesse caso, o autor coloca a razoabilidade como aspecto subjetivo concernente ao hermeneuta, porém será visto a seguir que pode ser referida, ainda, em caráter objetivo, como mais uma ferramenta à disposição do intérprete. Nesse sentido, John Finnis (2007, p. 282) coloca a “razoabilidade objetiva” como guia e base racional da atividade legiferante e da decisão judicial, a qual não seria fruto de criação humana individual. Em sua visão, trata-se de questão que justifica a instituição da lei positiva e as consequências de seus ditames.

O tratamento da razoabilidade como objeto é o que permite sua aplicação na decisão judicial, servindo como instrumento para a consecução da justiça, visto que esta é buscada, tratada como um fim a ser alcançado, não como mais um fundamento da sentença. Conforme registra Alexandre Araújo Costa (2008, p. 48) ao expor a importância de um controle judicial de razoabilidade, “na atual dogmática jurídica, sustentar que uma lei é injusta não é um argumento suficiente para justificar a não-aplicação de uma norma ou a anulação de um ato”. Nesse raciocínio, a razoabilidade é meio que leva a um resultado justo, a qual há de ser empregada na via jurisdicional a partir de suas características específicas.

Essas peculiaridades são elencadas por Luis Recaséns Siches ao expor sua “lógica do razoável”, aplicada à interpretação jurídica. Trata-se de teoria sobre a aplicação da norma pelo juiz, o qual, diante da indagação acerca de qual o direito cabível, deve se pautar tanto por critérios formais de validade da lei em tese como por critérios materiais de validade, referentes ao conteúdo (2008, 645-660).

O autor expõe que sua teoria não pretende colocar o juiz acima da lei, senão conferir-lhe mecanismo para atender aos propósitos do próprio Direito no caso concreto, qual seja a utilização da lógica do razoável para se chegar ao justo, apontando como suas principais características (op. cit., p. 7): ater-se à realidade concreta do mundo social humano no qual se opera; reger-se por valorações, as quais seriam também concretas, na medida em que se referem a uma situação determinada, levando-se em conta suas possibilidades e

⁴ Tradução livre de “What concerns the ideal side, moral correctness is intrinsically connected with practical reasonableness”.

limitações; pautar-se em razões de congruência e adequação, orientar-se pela experiência vital e histórica.

Destacando a polissemia do termo, Humberto Ávila (op. cit., p. 102) qualifica a razoabilidade como um postulado normativo, ao lado da igualdade e da proporcionalidade. Em suas palavras, “a razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras”. Em sua visão, trata-se de uma “metanorma”, na medida em que estrutura o modo de aplicação de outras normas, não promovendo um fim imediato como um princípio, tampouco pode ser aplicado por subsunção como uma regra. O entendimento do autor afasta a dualidade normativa princípio-regra e cinde inexoravelmente a razoabilidade e a proporcionalidade. Sobre o segundo ponto, aduz (2005, p. 18) que aquela “não faz uma referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como o faz o postulado da proporcionalidade”.

Vê-se a partir de tais considerações doutrinárias que a razoabilidade é amplamente trabalhada como elemento necessário na ciência jurídica, embora ensejando várias e distintas conclusões a seu respeito. Conforme mencionado, é classificada na doutrina tanto como um princípio jurídico e também como outra espécie normativa – o postulado; reivindicada tanto na função legislativa como na jurisdicional; ora identificada com o princípio da proporcionalidade, ora diferenciada; como um argumento a ser utilizado objetivamente na fundamentação da sentença e como aspecto subjetivo a ser desenvolvido pelo juiz pelo exercício da virtude da prudência, dentre outras. No que diz respeito à dicotomia perscrutada, a razoabilidade também é classificada na doutrina de forma plurívoca, na medida em que há autores que a consideram um preceito de direito natural, ao passo que outros a enquadram como pertencente ao direito positivo.

Não obstante a multiplicidade de visões acerca da razoabilidade, percebe-se sua presença obrigatória no estudo do Direito, sobretudo no que diz respeito à fundamentação de sentenças judiciais. É que, em um plano teórico, a razoabilidade costuma ser tratada como ínsita à consecução da justiça, servindo de meio para alcançá-la, o que reforça a ideia uníssona de que se constitui como justificativa racional do Direito. Importa, agora, investigar-se sua aplicação na jurisprudência brasileira, no sentido de verificar em que medida o Poder Judiciário se coaduna com a diversidade teórico-conceitual existente acerca da razoabilidade.

4.3. Razoabilidade como justificativa prática na jurisprudência brasileira

Em pesquisa jurisprudencial, percebe-se que os tribunais brasileiros realizam um vasto e indiscriminado uso da expressão “razoabilidade”. A par das classificações que lhes são dadas, conforme se verá adiante, tem-se, inicialmente, que é tema aplicado em diversas áreas do Direito, sendo utilizado para fundamentar sentenças envolvendo Direito Tributário, Direito Penal, Direito do Trabalho, dentre outros.

Com isso, corrobora-se a ideia da razoabilidade enquanto elemento racional e inafastável da ciência jurídica, na medida em que orienta o julgador nos mais variados âmbitos do ordenamento, como matéria que se espraia por todo o sistema. Por esse motivo, há uma farta gama amostral no que diz respeito à sua aplicabilidade na jurisprudência, de modo que serão colacionados neste tópico exemplos que salientam os múltiplos tratamentos dados à razoabilidade pelo Poder Judiciário no Brasil.

Alguns casos foram citados no tópico anterior, quando se apontou que a razoabilidade já fora identificada com a proporcionalidade, enquanto princípio, pelo Supremo Tribunal Federal – STF. No mencionado HC 76.060⁵, julgado em 1998, há tal identificação, sendo o “princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade” empregado para se evitar afronta à dignidade pessoal. Do mesmo ano é o julgamento do citado Inquérito 1.247⁶, igualmente apreciado pelo Supremo, em que a razoabilidade é citada como princípio constitucional ao lado não só da proporcionalidade, mas também da “razão de ser das coisas”. O terceiro citado na ocasião fora o RE 573.675⁷, de 2009, em que razoabilidade e

⁵ Ementa da decisão: “DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende – de resto, apenas para obter prova de reforço – submeter ao exame o pai presumido, em declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do **princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade**, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria.” (STF. Habeas Corpus n. 76.060-4/SC. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Primeira Turma do STF. Data do julgamento: 31 de março de 1998). Grifo nosso.

⁶ Ementa da decisão: “CRIME CONTRA A HONRA – ELEMENTO SUBJETIVO – O DOLO – INVIOABILIDADE PARLAMENTAR – RETORSÃO – ALCANCE. Tratando-se de hipótese Tratando-se de hipótese a revelar prática inicial coberta pela inviolabilidade parlamentar, sentindo-se o titular do mandato ofendido com resposta formalizada por homem público na defesa da própria honra, único meio ao alcance para rechaçar aleivosias, cumpre ao órgão julgador adotar visão flexível, compatibilizando valores de igual envergadura. A óptica ortodoxa própria aos crimes contra os costumes, segundo a qual a retorsão é peculiar ao crime de injúria, cede a enfoque calcado no **princípio constitucional da proporcionalidade, da razoabilidade, da razão de ser das coisas**, potencializando-se a intenção do agente, o elemento subjetivo próprio ao tipo o dolo e, mais do que isso, o socialmente aceitável.” (STF – Inq.: 1247 DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 15/04/1998). Grifo nosso.

⁷ Ementa da decisão: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RE INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - COSIP. ART. 149-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI COMPLEMENTAR 7/2002, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ, SANTA

proporcionalidade são tratados conjuntamente, como se não houvesse distinção. Essa constatação fica mais evidente no quarto ponto do voto do relator (p. 1429), em que até os “critérios de razoabilidade e proporcionalidade” são tidos como os mesmos.

A consideração da razoabilidade como princípio – ou pelo menos o uso da expressão “princípio da razoabilidade” sem aprofundamento nas características da espécie normativa – é nitidamente o tratamento mais comum na jurisprudência do STF. Entretanto, há outras qualificações, como a do RE 374981⁸, de 2005, que segue a linha de Humberto Ávila, ao expressá-la na ementa como postulado, embora no corpo do voto o relator destaque como necessário no processo legiferante o “coeficiente” de razoabilidade. Em verdade, esse termo parece ter sido empregado genericamente, referindo-se à ideia em sentido amplo de razoabilidade, não como uma ferramenta disponível ao juiz na fundamentação da sentença, conforme já exposto.

CATARINA. COBRANÇA REALIZADA NA FATURA DE ENERGIA ELÉTRICA. UNIVERSO DE CONTRIBUINTES QUE NÃO COINCIDE COM O DE BENEFICIÁRIOS DO SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO QUE LEVA EM CONSIDERAÇÃO O CUSTO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA E O CONSUMO DE ENERGIA. PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA QUE EXPRESSA O RATEIO DAS DESPESAS INCORRIDAS PELO MUNICÍPIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. INOCORRÊNCIA. EXAÇÃO QUE **RESPEITA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE**. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. I - Lei que restringe os contribuintes da COSIP aos consumidores de energia elétrica do município não ofende o princípio da isonomia, ante a impossibilidade de se identificar e tributar todos os beneficiários do serviço de iluminação pública. II - A progressividade da alíquota, que resulta do rateio do custo da iluminação pública entre os consumidores de energia elétrica, não afronta o princípio da capacidade contributiva. III - Tributo de caráter sui generis, que não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte. IV - Exação que, ademais, **se amolda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. V - Recurso extraordinário conhecido e improvido. (STF. RE 573.675-0/SC. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 25 de março de 2009). Grifo nosso.

⁸ Ementa da decisão: SANÇÕES POLÍTICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO. INADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DE MEIOS GRAVOSOS E INDIRETOS DE COERÇÃO ESTATAL DESTINADOS A COMPELIR O CONTRIBUINTE INADIMPLENTE A PAGAR O TRIBUTO (SÚMULAS 70, 323 E 547 DO STF). RESTRIÇÕES ESTATAIS, QUE, FUNDADAS EM EXIGÊNCIAS QUE TRANSGRIDEM OS **POSTULADOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE** EM SENTIDO ESTRITO, CULMINAM POR INVIABILIZAR, SEM JUSTO FUNDAMENTO, O EXERCÍCIO, PELO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, DE ATIVIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL LÍCITA. LIMITAÇÕES ARBITRÁRIAS QUE NÃO PODEM SER IMPOSTAS PELO ESTADO AO CONTRIBUINTE EM DÉBITO, SOB PENA DE OFENSA AO "SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW". IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE O ESTADO LEGISLAR DE MODO ABUSIVO OU IMODERADO (RTJ 160/140-141 - RTJ 173/807-808 - RTJ 178/22-24). O PODER DE TRIBUTAR - QUE ENCONTRA LIMITAÇÕES ESSENCIAIS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL, INSTITUÍDAS EM FAVOR DO CONTRIBUINTE - "NÃO PODE CHEGAR À DESMEDIDA DO PODER DE DESTRUIR" (MIN. OROSIMBO NONATO, RDA 34/132). A PRERROGATIVA ESTATAL DE TRIBUTAR TRADUZ PODER CUJO EXERCÍCIO NÃO PODE COMPROMETER A LIBERDADE DE TRABALHO, DE COMÉRCIO E DE INDÚSTRIA DO CONTRIBUINTE. A SIGNIFICAÇÃO TUTELAR, EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, DO "ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO CONTRIBUINTE". DOUTRINA. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (STF. RE 374981 RS. Relator: Min. Celso de Mello. Data de julgamento: 28/03/2005). Grifo nosso.

Também se percebe na jurisprudência do STF que a razoabilidade é utilizada como verdadeiro parâmetro no controle de constitucionalidade, a exemplo da decisão proferida no ARE 8759589 em 2017. Na ocasião, o relator (p. 5) registra que caberá ao Supremo decidir sobre o caso, definindo se a situação apresentada “desrespeitou o disposto nos arts. 40, 150, IV e 195, §5º, da Constituição, além do princípio da razoabilidade”. Dessa forma, a questão tributária-previdenciária que suscitou a apreciação do Supremo Tribunal Federal deverá ter sua constitucionalidade verificada, dentre outros fatores, pela observância à razoabilidade. No mesmo sentido é a decisão sobre repercussão geral proferida no RE 606.010, em 2015, em que o relator (p. 4) afirma que “está em jogo possível violação aos princípios constitucionais da vedação ao confisco tributário, da capacidade contributiva, da proporcionalidade e da razoabilidade”.

Sobre esse ponto, interessante é o argumento do relator na decisão de repercussão geral do RE 736.090¹⁰, de 2015, que guarda relação com o que fora exposto alhures acerca da discricionariedade de que goza o Poder Legislativo na confecção do direito positivo, exemplificando-se a partir da definição de alíquotas tributárias. Neste julgamento, é destacado que, mesmo em sede de tributação, o Poder Público deve agir com moderação, por atenção ao princípio jurídico da razoabilidade, o que corrobora a ideia trabalhada nesta pesquisa de que esta serve, portanto, como base e orientação para o estabelecimento de textos legislativos, de modo que não faz parte, propriamente, do direito positivo, mas o condiciona. Conforme consta na argumentação prefalada (p. 5), “a atividade governamental acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade que se qualifica como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais”.

⁹ Ementa da decisão: DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITO PREVIDENCIÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI ESTADUAL QUE ELEVA AS ALÍQUOTAS DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS SERVIDORES. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL . 1. **Constitui questão constitucional** saber quais são as balizas impostas pela Constituição de 1988 a leis que elevam as alíquotas das contribuições previdenciárias incidentes sobre servidores públicos, especialmente à luz do caráter contributivo do regime previdenciário e dos princípios do equilíbrio financeiro e atuarial, da vedação ao confisco e da **razoabilidade**. 2. Repercussão geral reconhecida. (STF. ARE 875958/GO. Relator: Min. Luis Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 16/02/2017). Grifo nosso.

¹⁰ Ementa da decisão: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. MULTA FISCAL QUALIFICADA. SONEGAÇÃO, FRAUDE E CONLUIO. 150% SOBRE A TOTALIDADE OU DIFERENÇA DO IMPOSTO OU CONTRIBUIÇÃO NÃO PAGA, NÃO RECOLHIDA, NÃO DECLARADA OU DECLARADA DE FORMA INEXATA (ATUAL § 1º C/C O INCISO I DO CAPUT DO ARTIGO 44 DA LEI FEDERAL Nº 9.430/1996). VEDAÇÃO AO EFEITO CONFISCATÓRIO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. QUESTÃO RELEVANTE DOS PONTOS DE VISTA ECONÔMICO E JURÍDICO. TRANSCENDÊNCIA DE INTERESSES. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. (STF. RE 736.090/SC. Relator: Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 29/10/2015).

Na decisão do Supremo pelo reconhecimento de repercussão geral no RE 625.263¹¹, de 2013, a razoabilidade já é utilizada como argumento, não como típico parâmetro para o controle de constitucionalidade. Trata-se de caso em que se discute acerca de interceptações telefônicas continuamente renovadas durante aproximadamente dois anos, de modo que a alegação de ofensa aos arts. 5º; 93, IX; e 136, §2º da Constituição – parâmetros apontados – baseia-se, dentre outros fundamentos, na razoabilidade. Nesse caso, a razoabilidade é invocada como demonstrativo de violação aos dispositivos constitucionais indicados, não como o próprio preceito vergastado. No mesmo modelo é a decisão no Ag. Reg. do HC 134.569¹², em que a razoabilidade é apresentada como argumento para respaldar a demonstração de não ter ocorrido incúria por parte da autoridade judiciária no caso concreto apreciado, qual seja o lapso temporal transcorrido para a apreciação de uma demanda. Nas palavras do relator, “não há, portanto, indicação de que esteja ocorrendo desídia por parte da autoridade judiciária, que atua no caso dentro dos limites da razoabilidade”.

Concernente a essa matéria, sua serventia como argumento na jurisprudência é nitidamente percebida quando se trata de preceito em que a razoabilidade se encontra positivada, como é o caso da razoável duração do processo, prevista no já mencionado art. 5º, LXXVIII, da Constituição. É o caso do HC 115.824¹³, de 2017, em que o alegado excesso de prazo da prisão preventiva é cotejado em face do “princípio” da razoabilidade, além da não

¹¹ PROCESSO PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 5º; 93, INCISO IX; E 136, § 2º DA CF. ARTIGO 5º DA LEI N. 9.296/96. DISCUSSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DE SUCESSIVAS RENOVAÇÕES DA MEDIDA. ALEGAÇÃO DE COMPLEXIDADE DA INVESTIGAÇÃO. **PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE**. RELEVÂNCIA SOCIAL, ECONÔMICA E JURÍDICA DA MATÉRIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. (STF. RE 625.263/PR. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 13/06/2013). Grifo nosso.

¹² Ementa da decisão: Agravo regimental em habeas corpus. Processual Penal. Excesso de prazo. Demora na apreciação de recurso interno no agravo em recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça. Pretendida revogação da prisão. Julgamento superveniente do recurso. Alteração no quadro jurídico-processual inicial. Prejudicialidade do habeas corpus reconhecida, na linha de precedentes. Manutenção da decisão agravada por seus próprios fundamentos. Inexistência de ilegalidade flagrante capaz de temperar o rigor desse entendimento. Não evidenciada a desídia por parte da autoridade judiciária na condução do feito. **Atuação dentro dos limites da razoabilidade**. Agravo regimental não provido. (STF. Ag. Reg. no HC 134.569/SP. Relator: Min. Dias Toffoli. Segunda Turma. Data de julgamento: 27/10/2017). Grifo nosso.

¹³ Ementa da decisão: HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO (CP, ART. 157, § 2º, I, II E IV). PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXCESSO DE PRAZO DA CONSTRICÇÃO CAUTELAR. INOCORRÊNCIA. 1. A controvérsia a respeito da ausência dos pressupostos para a decretação da prisão preventiva não foi analisada pela instância a quo. Desse modo, qualquer juízo desta Corte sobre a matéria implicaria supressão de instância e violação das regras constitucionais de repartição de competências. Ausente quadro de ilegalidade. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que **a razoável duração do processo deve ser aferida à luz da complexidade da causa, da atuação das partes e do Estado-Juiz**. Inexistência de mora processual atribuível exclusivamente ao Poder Judiciário. 3. Habeas corpus denegado. (STF. HC 115.824/MS. Relator: Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. Data de julgamento: 03/10/2017).

culpabilidade, da proporcionalidade e da segurança jurídica. Na ocasião, o redator do acórdão inaugura a divergência ao voto do relator para denegar o *writ*, sustentando que “a razoável duração do processo deve ser aferida à luz das particularidades do caso concreto”.

Tem-se que a razoabilidade também é utilizada na decisão judicial como orientação hermenêutica para a aplicação do direito. Nesse sentido, serve como vetor interpretativo para a apreciação de consonância entre textos legislativos determinados com outros preceitos do ordenamento. É o caso, por exemplo, do HC 138.228¹⁴, de 2017, que analisa a congruência das penas dos crimes de receptação simples e receptação qualificada, em que o relator sustenta que “inexiste ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ante a diferença de enfoque dado à tutela do bem jurídico na cabeça e no §1º do artigo 180 do Código Penal”.

Assim como acontece no âmbito do Supremo, a multiplicidade de tratamento jurisprudencial à razoabilidade é verificada em outros tribunais brasileiros. É o caso do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em que se trabalha, no julgamento do Recurso Especial 1.349.935¹⁵, de 2017, como “postulado”, apto a servir ao julgador na aplicação de outras normas. Conforme registrado no voto do relator (p. 28 do “Inteiro teor do acórdão”), a principiologia constante do novo Código de Processo Civil permite que “o postulado da razoabilidade (compreendida como equidade, congruência e equivalência), quando devidamente observada, garanta a harmonização de normas e a vinculação com a realidade”. Ainda no mesmo julgamento, o termo “razoável” é empregado duas vezes ao qualificar situações percebidas a partir do direito positivo, com significado hermenêutico: “razoável a distinção promovida pelo legislador em relação aos membros do Ministério Público (e da Defensoria Pública” (p. 26 do mesmo documento) e “se trata de razoável opção legislativa – já histórica – de isonômico tratamento entre as partes” (idem, p. 40).

¹⁴ Ementa da decisão: HABEAS CORPUS – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O habeas corpus mostra-se adequado quer se trate de ato individual, quer de Colegiado. RECEPTAÇÃO – TIPO QUALIFICADO – § 1º DO ARTIGO 180 DO CÓDIGO PENAL – **RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE**. Ante o bem protegido, a potencial lesão causada a consumidores, surge **razoável e proporcional o que previsto** em termos de tipologia e pena no artigo 180, § 1º, do Código Penal. (STF. HC 138.228/RJ. Relator: Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. Data de julgamento: 03/10/2017). Grifo nosso.

¹⁵ Ementa da decisão: RECURSO ESPECIAL. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC C/C O ART. 256, I, DO RISTJ). PROCESSO PENAL E PROCESSO CIVIL. INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTAGEM DOS PRAZOS. INÍCIO. NECESSIDADE DE REMESSA DOS AUTOS À INSTITUIÇÃO. INTIMAÇÃO E CONTAGEM DE PRAZO PARA RECURSO. DISTINÇÕES. PRERROGATIVA PROCESSUAL. NATUREZA DAS FUNÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PECULIARIDADES DO PROCESSO PENAL. REGRA DE TRATAMENTO DISTINTA. **RAZOABILIDADE**. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 18, II, "h", DA LC N. 75/1993 e 41, IV, DA LEI N. 8.625/1993. (STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.349.935 – SE. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Terceira Seção. Data de julgamento: 23 de agosto de 2017). Grifo nosso.

Por outro lado, no mesmo Superior Tribunal de Justiça, a razoabilidade também é referida como princípio normativo, como se depreende do voto do relator do REsp 1.366.721, de 2014. Na ocasião, ao analisar o cabimento de medida cautelar de indisponibilidade de bens em razão de atos graves de improbidade administrativa, expõe o relator (p. 23 do Inteiro teor do acórdão) que “deve o Magistrado respeitar, em todos os casos, por mais graves que sejam, os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, do devido processo legal e da presunção de inocência, inculpidos superiormente no ordenamento jurídico”. No mesmo sentido é a decisão no REsp 1.112.862¹⁶, de 2011, em que o “princípio da razoabilidade” é invocado como norteador da fixação de multas pelo descumprimento de obrigação, funcionando, dessarte, também como critério hermenêutico para o juiz que aplica o dispositivo legal que prevê tal cabimento.

Também na jurisprudência do STJ pode ser encontrada referência à razoabilidade em termos genéricos, a título argumentativo, porém sem esmero científico-normativo, como já o fora feito no citado julgamento do STF em que qualificada como “coeficiente”. No REsp 1.102.479¹⁷, de 2015, o relator vale-se do termo “padrões” de razoabilidade para fundamentar o estabelecimento do *quantum* indenizatório. Na mesma temática, emprega-se no REsp 1.374.284 a razoabilidade igualmente em sentido amplo, desta vez sem qualquer qualificação ou classificação teórico-doutrinária, mas apenas como um elemento a ser considerado pelo julgador quando da fixação da indenização por danos morais, conforme disposto neste excerto da ementa: “orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com

¹⁶ Ementa da decisão: PROCESSUAL CIVIL. ART. 461, § 4º, DO CPC. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. APRESENTAÇÃO DE EXTRATOS DE CONTAS VINCULADAS AO FGTS. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES . POSSIBILIDADE. [...] 4. A ratio essendi da norma é desestimular a inércia injustificada do sujeito passivo em cumprir a determinação do juízo, mas sem se converter em fonte de enriquecimento do autor/exequente. Por isso que a aplicação das astreintes **deve nortear-se pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**. [...] (STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.112.862 – GO. Relator: Min. Humberto Martins. Primeira Seção. Data de julgamento: 13 de abril de 2011). Grifo nosso.

¹⁷ Ementa da decisão: RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL MOVIDA CONTRA O AUTOR DE INJUSTA AGRESSÃO FÍSICA OCORRIDA EM BOATE - ACÓRDÃO ESTADUAL DANDO PROVIMENTO À APELAÇÃO ADESIVA DO AUTOR, A FIM DE MAJORAR A QUANTIA INDENIZATÓRIA FIXADA NA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO RÉU. [...] 3. Questão remanescente: Pedido de redução do valor fixado a título de indenização por danos morais. Consoante cediço no STJ, o quantum indenizatório, estabelecido pelas Documento: 1387354 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 25/05/2015 Página 1 de 14 Superior Tribunal de Justiça instâncias ordinárias para reparação do dano moral, pode ser revisto tão-somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos **padrões de razoabilidade**, o que não se evidencia no presente caso, no qual arbitrado o valor de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), em razão da injusta agressão física sofrida pelo autor em casa de diversões noturna. Aplicação da Súmula 7/STJ. [...]. (STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.102.479 – RJ. Relator: Min. Marco Buzzi. Corte Especial. Data de julgamento: 04 de março de 2015). Grifo nosso.

razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso”.

Vê-se, ainda na jurisprudência do STJ, referência à trabalhada ideia da razoabilidade em face do ativismo judicial. Consoante o voto do Ministro Marco Aurélio Bellizze, no REsp 1.117.068, de 2011, “não há função de legislador ao juiz que aplica, sobre a lei vigente ao tempo do fato, uma lei benéfica, ainda que para isso seja necessário dar uma interpretação a lei nova, fundada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”.

Os casos aferidos são tidos como amostras, os quais ilustram o vasto conjunto de julgados das cortes superiores brasileiras que se valem da razoabilidade em sua fundamentação. Assim como ocorre na justificação teórica exposta no tópico anterior, sua aplicação em decisões judiciais ocorre em matizes plurívocos, tanto no aspecto da natureza jurídica como a título argumentativo.

É que, conforme se depreende das recentes decisões colacionadas, a razoabilidade é invocada ora como princípio, ora como postulado; ora servindo de orientação hermenêutica, ora como próprio argumento empregado. Percebe-se que tanto no STJ como no STF a razoabilidade costuma ser utilizada de forma atrelada à proporcionalidade, sem haver preocupação em diferenciá-las.

Ademais, sói aparecer como fundamento genérico para servir como parâmetro de avaliações quantitativas concernentes aos variados campos do direito, a exemplo da fixação de indenizações, da comparação de penas criminais, da análise de transcurso de lapsos temporais que dizem respeito a prazos e de julgamentos, dentre outros. De toda forma, não obstante a nítida heterogeneidade de entendimentos, tem-se evidente que, tratando-se de noção amplamente propagada e invocada nos órgãos jurisdicionais, constitui-se como elemento racionalmente discernido como necessário para a compreensão e a definição do Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa indica que remanescem entre os teóricos do Direito, nesta fase inicial do século XXI, nuances do histórico embate doutrinário envolvendo as concepções do positivismo jurídico e do Direito Natural. Malgrado se refira à discussão atual em termos de “pós-positivismo” e “neojusnaturalismo”, tem-se que a essência da problemática permanece, visto que consiste em tratar os núcleos identificadores de cada corrente sob a ótica das novas terminologias concernentes a categorias e institutos jurídicos.

É que os entendimentos basilares do juspositivismo e do jusnaturalismo tal como cuidados nos últimos séculos passam a ser empregados neste a partir de conceitos como a proeminência da Constituição, proteção aos direitos humanos e valores inafastáveis do Direito, ao lado de fenômenos histórico-sociais como o progresso científico-tecnológico, a ampliação do acesso à informação e uma maior exposição das instituições públicas, o que repercute sobremaneira no âmbito jurídico.

As decisões prolatadas pelas cortes superiores do Poder Judiciário logo tomam uma larga proporção, que impulsiona considerações acadêmicas, midiáticas e de opinião pública que facilmente se alastram e comumente chegam a um questionamento fundamental por parte de quem o analisa, tão remoto quanto o próprio Direito: trata-se da avaliação do julgado sob o ponto de vista da justiça.

Como se viu, a relação do Direito com a Justiça já fora tratada de muitas formas ao longo da história, tendo recebido especial destaque com as concepções do jusnaturalismo e do juspositivismo, que parecem ter rivalizado no século XX. Não por outro motivo, fala-se da “ressurreição” deste debate, o qual insiste em ser “revigorado”, dentre outros termos utilizados na doutrina para designar que essa discussão costuma reaparecer continuamente na história da ciência jurídica.

Não é difícil compreender o motivo. O estudo do Direito prontamente leva à consideração a respeito de duas noções que lhes são caríssimas – na verdade, imprescindíveis –, quais sejam a justiça e a segurança jurídica. Independentemente da vertente doutrinária, os teóricos do direito não conseguem evitar o exame de tais pontos, visto que não se concebe a ideia de ordenamento jurídico que não propicie segurança por meio de seus preceitos, tampouco afastado da concepção de justiça – seja qual for a definição que se adote. Sendo assim, a divergência surge a partir de entendimentos distintos que envolvem os principais matizes dessa relação, decorrendo daí a ressonância do embate.

Porquanto haja pluralidade de teses existentes mesmo em cada gênero teórico da polarização doutrinária ora considerada, fez-se necessário identificar as essências de suas respectivas matérias, quais sejam aquelas que permitem que se possa classificar teorias como jusnaturalistas ou como juspositivistas. Para tanto, foram destacados excertos tidos como relevantes de obras de autores que contribuíram para a propagação da dicotomia, com vistas a permitir a compreensão do pertencimento – ou da possibilidade de atribuição – de um entendimento específico a uma das classes trabalhadas.

Teve-se como propósito nesta parte do trabalho afastar as típicas visões caricaturais usualmente reproduzidas quando se fala de uma concepção entendida por antagonica e incompatível – senão rival. Aproveitando uma expressão colocada por Sgarbi (2007a, p. 720) ao investigar o positivismo jurídico, pretendeu-se “desdramatizar” a discussão, a partir das percepções de seus referenciais citados, bem como da análise de suas contribuições e de suas deficiências no que toca ao conhecimento do Direito, sobretudo na temática dos direitos humanos.

Essas verificações apontam para uma profícua complementariedade entre tais teses, uma vez que o positivismo jurídico prevê mecanismos sensíveis e eficientes para a proteção dos direitos fundamentais, embora admita que basta um regular procedimento legislativo institucional para que se enquadre qualquer conteúdo nesta categoria, o que acaba por enfraquecer tal teoria, visto que condiciona os principais direitos do indivíduo a um ato de poder. Por outro lado, a doutrina jusnaturalista reconhece o fundamento ontológico dos direitos humanos, inerentes à condição de pessoa, de modo que não de devam ser observados independentemente da vontade de quem governe ou legisle. Entretanto, mostra-se insuficiente, por si só, na medida em que carece de mecanismos tangíveis para a execução prática de tais garantias, bem como de reação em virtude de violação. Em síntese, vislumbra-se que tais visões podem se complementar, em vez de se excluir, servindo a uma compreensão mais vasta e aprofundada do Direito.

Com base nesses pontos trabalhados, permitiu-se um exame crítico acerca da compatibilidade – ou possibilidade de harmonização – entre tais correntes, usualmente trabalhadas como opostas. Dessarte, resta esclarecido que a afirmação de que as vertentes são necessariamente inconciliáveis encontra guarida mormente em suas posições extremadas, quais sejam: de um lado, a asseveração de que não há material jurídico além do direito positivo; e, de outro, aquela segundo a qual o direito natural domina a ordem jurídica a ponto de não haver discricionariedade para o legislador e para o juiz.

Fixados tais extremos, tem-se que a composição se revela possível precisamente a partir da relação existente entre importantes caracteres salientados peculiarmente em cada construção teórica. É que ao se cotejar o positivismo jurídico em termos de cultura, ato de vontade e percepção pelos sentidos, constata-se como perfeitamente compatíveis com a valorização da realidade objetiva dada, o exercício da razão prática e a compreensão pela metafísica, típicos da doutrina do Direito Natural.

Sendo assim, a razoabilidade pode ser observada como um elemento no contexto de harmonização entre as correntes, pois mostra-se como uma ideia que contempla os pontos complementares. Nesse sentido, aspectos epistemológicos e a teoria dos princípios assumem especial papel nessa relação, corroborando a conexão mencionada. É que, no que diz respeito à cognição da realidade jurídica, jusnaturalistas e juspositivistas valem-se de métodos semelhantes, qual seja a valoração de um fato em face do reconhecimento de uma ordem normativa. O processo é o mesmo, porém há distinção entre os parâmetros trabalhados, na medida em que o positivismo jurídico considera apenas o direito posto como critério normativo, ao passo que a doutrina do Direito Natural pauta-se não só pelo sistema legal positivo, mas também pela lei natural. Ocorre que, apesar da divergência, mesmo o embasamento para essa ordem normativa que serve de parâmetro é comungada por jusnaturalistas e juspositivistas, qual seja a ideia da norma fundamental de todo o ordenamento, de modo que ambos reconhecem que esta é justificada metafisicamente, pois não decorre da vontade ou criação humana.

No que toca à teoria dos princípios, a interseção é manifesta no que diz respeito ao reconhecimento da normatividade para além da positivação. Mesmo entre os teóricos do juspositivismo, o princípio jurídico, enquanto espécie de norma, não tem o seu conteúdo esgotado no preceito promulgado. Assim, malgrado haja múltiplas teses acerca da natureza jurídica dos princípios, reconhecendo-os de formas diversas, trata-se de consagração típica do momento comumente designado como neoconstitucionalismo, em que se vislumbra o Direito dotado de uma carga axiológica, cuja investigação meramente descritiva não satisfaz a dimensão pressuposta da ordem jurídica. As concepções tidas por neoconstitucionalistas, evitando os rótulos da dicotomia ora investigada, vale-se de conceitos de ambas sobretudo na temática dos princípios jurídicos, o que corrobora a verificada composição.

É nesse contexto que a razoabilidade – comumente referida como “princípio” ou mesmo como uma forma específica de se conhecer a justiça – se mostra como um valor inafastável do fenômeno jurídico, por condicioná-lo e orientá-lo, de modo a concatenar o direito posto e o pressuposto, ou seja, o direito positivo e a juridicidade natural. O fato de

estar prevista em textos legislativos, como os já citados no trabalho, não a torna um preceito típico de direito positivo, na medida em que sua supressão da legislação não afastaria a sua presença e a sua necessidade no Direito, tampouco sua aplicabilidade.

É tanto que a ideia do ativismo judicial tem como plano de fundo a oportunidade do magistrado de estabelecer o razoável diante das inconsistências do sistema. É que, entre a segurança jurídica e a justiça, não podendo se eximir voluntariamente da obrigação de proferir o julgamento, ou seja, de “dizer o direito”, o juiz tem na razoabilidade uma ferramenta bastante valiosa e eficaz, a qual há de permear toda a aplicação do direito.

Ademais, observa-se que a defesa de uma postura ativista na seara jurisdicional reflete um viés jusnaturalista, na medida em que acaba por admitir as falhas, inconsistências ou deficiências do sistema posto, de modo a valer-se de uma solução – jurídica – encontrada fora deste. Em suma, este reconhecimento – embora praticamente não se expresse nesses termos – identifica-se com uma ideia basilar da doutrina do Direito Natural, segundo a qual o direito positivo, precisamente por não ser autossuficiente, há de ser subsidiado, orientado ou fundamentado pela ordem jurídica natural para o estabelecimento do justo.

Na realização dessa tarefa opera-se a razoabilidade, a qual é idoneamente empregada a partir de uma exposição específica caracterizadora da argumentação jurídica, a qual não se identifica com o discurso político, pelo menos em um plano teórico, de modo que a constatação de tal confusão manifesta o indesejado e descabido ativismo judicial. Na aplicação da razoabilidade, importam tanto o aspecto subjetivo como o objetivo. Em relação ao primeiro, impõe-se o julgador o exercício da virtude da prudência, o que demanda uma formação específica nesse ponto. No que toca à objetividade, cuida-se dos aspectos teóricos e conceituais que permitem a utilização da razoabilidade como ferramenta jurídica tanto para a elaboração da legislação como para a fundamentação de sentenças judiciais.

Sendo assim, a razoabilidade é pacificamente aceita como justificativa racional para a definição do direito, embora sua particular natureza jurídica não seja unanimemente definida na doutrina. É que são encontrados a seu respeito tratamentos diversos como princípio jurídico, postulado normativo ou mesmo como preceito de direito natural. A disparidade teórico-conceitual repercute também na prática jurisdicional brasileira, como se nota da pesquisa jurisprudencial colacionada, em que o termo razoabilidade é empregado na fundamentação de sentenças em diversos contextos.

Diante do exposto, tem-se que o trabalho, por óbvio, não esgota os temas abordados, sobretudo em razão da complexidades das teorias envolvidas e mesmo da polissemia dos termos tratados. Apesar de tais dificuldades, a investigação da razoabilidade

sob a ótica da dicotomia pretende, em verdade, expor uma articulação entre tais objetos, tidos por fundamentais para a ciência jurídica, na medida em que considera um conceito absolutamente inafastável do Direito, nos aspectos teóricos e práticos, em cotejo com as duas correntes doutrinárias que dominaram o respectivo cenário e subsidiaram as principais teses jurídicas dos últimos séculos, cujo debate permanece ainda vivo atualmente.

Dessa forma, espera-se que as ideias levantadas neste estudo possam servir para o aprofundamento do tema, inclusive para a continuidade de pesquisas futuras a seu respeito, tendo em vista que se cuida de um conceito apto a repercutir em toda a ordem jurídica, nos mais diversos ramos do Direito, não se restringindo ao campo teórico de análise, mas continuamente utilizado na práxis jurídica, sobretudo em decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

- ABRIL, Pedro Simón. **La ética de Aristóteles**. Albacete: Diputación de Albacete – Servicio de Publicaciones, 2001.
- ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Traducción: Jorge M. Seña Barcelona 1. ed. Gedisa, 1994.
- _____. Some reflections on the ideal dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis. **The American Journal of Jurisprudence**. vol. 58, n. 2, p. 97-110. Oxford University Press on behalf of University of Notre Dame, 2014.
- _____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 1. ed. São Paulo: Landy, 2001.
- _____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- _____. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- AQUINO, Tomás de. **A prudência: a virtude da decisão certa**. Tradução, introdução e notas: Jean Lauand. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- _____. **Suma de Teología**. Traducción y referencias del texto: José Martorell Capó. 4. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001.
- ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2009.
- _____. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril, 1984.
- _____. **Metafísica**. Ensaio introdutório, tradução do texto grego, sumário e comentários de Giovanni Reale. Trad. de Marcelo Perine. v. 2. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.
- ARTIGAS, Mariano. **Filosofía de la ciencia**. 2. ed. Pamplona: Universidad de Navarra (EUNSA), 2009.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.
- ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE**. n. 4, outubro/novembro/dezembro de 2005. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, 2005.
- _____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**. v. 18., n. 3., p. 864-939, set./dez. 2013. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2013.

BEDOYA, Alejandro Castaño. La política de los derechos. Una aproximación desde el nuevo Derecho natural. **Derecho natural y iusnaturalismos: VIII Jornadas Internacionales de Derecho Natural y III de Filosofía del Derecho**. Primera edición, julio. p. 339-354. Lima: Palestra Editores, 2014.

BEUCHOT, Mauricio; SALDANHA, Javier. **Derechos humanos y naturaleza humana**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução: Jaime A. Clasen. 1. ed. São Paulo: Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e notas: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995a.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995b.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed, 9ª tiragem. Malheiros: São Paulo: 2000.

_____. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008.

COTTA, Sergio. Para um reexame das noções de jusnaturalismo e direito natural. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. n. 36, p. 36-54, ago. 2017. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2017.

CRUZ, Humberto Luis Cuno. Razón, racionalidad y razonabilidad: ¿Qué los identifica y diferencia?. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. v. 51, n. 81, p. 205-218, jan./jun. 2010. Belo Horizonte, 2010.

CUNHA, Paulo Ferreira da; DIP, Ricardo. **Propedêutica jurídica**: uma perspectiva jusnaturalista. Campinas: Millennium, 2001.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Ensaio acerca do pensamento jurídico**. São Paulo: Malheiros, 2008.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 48, nº 189, p. 105-132, jan/mar, 2011. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FINNIS, John M. Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law's "Ideal Dimension". **The American Journal of Jurisprudence**, vol. 59, n. 1 (2014), pp. 85-109. Oxford University Press on behalf of University of Notre Dame, 2014.

_____. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

FULLER, Lon L. **O caso dos exploradores de cavernas**. Tradução e notas: Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2015.

GIL, Antonio Hernández. **Conceptos jurídicos fundamentales: Obras completas – Tomo I**. Madrid: Espasa-Calpe, 1987.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUERRA, Marcelo Lima. **Competência da justiça do trabalho**. 1. ed. Fortaleza: Tear da Memória, 2009.

_____. O que é um juiz? **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**. v. 15., n. 2., p. 513-534, jul./dez. 2010. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2010.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HERRERA, Daniel Alejandro. El Derecho natural y la encrucijada entre la internacionalización y la internalización del derecho de los Derechos Humanos. **Derecho natural y iusnaturalismos: VIII Jornadas Internacionales de Derecho Natural y III de Filosofía del Derecho**. Primera edición, julio. p. 297-314. Lima: Palestra Editores, 2014.

HERVADA, Javier. **Introducción crítica al derecho natural**. 1. ed. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008b.

_____. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. Tradução: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008a.

_____. **O que é o direito? : a moderna resposta do realismo jurídico**. Tradução: Sandra Martha Dolinsky. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LIMA, Daniel Pereira. Discricionariiedade judicial e resposta correta: a teoria da decisão em tempos de pós-positivismo. **Nomos – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará**. v. 34.2, jul./dez. 2014, p. 127-148. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2014.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução: Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Direito Natural à luz da biologia e da neurociência. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de; TRAMONTINA, Robison; SANTOS, André Leonardo Copetti (orgs.). **Filosofia do Direito I**. vol. 1, p. 390-408. Florianópolis, Conpedi, 2014a.

_____. Epistemologia Falibilista e Teoria do Direito. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 3. n. 1. P. 197-260. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014b.

_____. **Fundamentos do ordenamento jurídico: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível**. Tese (doutorado). Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2009.

_____. **O direito e sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **Por que dogmática jurídica?**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAILLART, Adriana Silva; RIOS, Bruno Carlos dos. O alcance do acesso à justiça eficiente por intermédio do ativismo judicial. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**. v. 21., n. 1., p. 9-39, jan./abr. 2016. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2016.

MAINO, Carlos Alberto Gabriel. Derecho natural y tópicos jurídicos: sobre las dos bibliotecas y la verdad en el derecho. **Derecho natural y iusnaturalismos: VIII Jornadas Internacionales de Derecho Natural y III de Filosofía del Derecho**. Primera edición, julio. p. 99-124. Lima: Palestra Editores, 2014.

MARIANO, Cynara Monteiro. Crítica sintética ao positivismo kelseniano como teoria de interpretação da norma jurídica. **Nomos – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará**. v. 30.1, p. 31-42, jan./jun. 2011. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Uma breve introdução do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELO, Rafael Veras Castro. **A formação do jurista na prudência como desafio do ensino jurídico**. Dissertação (Mestrado). Universidade de Fortaleza - UNIFOR, Fortaleza, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MUÑOZ, Francisco Puy. Iusnaturalismos. **Derecho natural y iusnaturalismos: VIII Jornadas Internacionales de Derecho Natural y III de Filosofía del Derecho**. Primera edición, julio. p. 17-29. Lima: Palestra Editores, 2014.

PACOBAYHA, Fernanda Macedo. Dos limites à interpretação jurídica: reflexões acerca do percurso gerativo de sentido no constructivismo lógico semântico. **Nomos – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará**. v. 36.1, p. 165-203, jan./jun. 2016. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2016.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

POSTIGO, Jose Chávez-Fernández. **Interpretación, prudencia y equidad em Luis Recaséns**. Lima: Palestra, 2016.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução e prefácios do Prof. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Sucessor, 1979.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

_____; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **Una discusión sobre la teoría del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

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

_____. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ROSSI, Amélia Sampaio; PAMPLONA, Danielle Anne. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: democracia e constitucionalismo em oposição ou tensão produtiva? **Nomos – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará**. v. 33.2, p. 13-29, jul./dez. 2013. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2013.

SGARBI, Adrian. O direito natural revigorado de John Mitchell Finnis. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 102, p. 661-689, jan./dez. São Paulo: USP, 2007b.

_____. **Teoria do Direito: primeiras lições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007a.

SICHES, Luis Recaséns. **Tratado general de Filosofía del Derecho**. 19. ed. México: Porrúa, 2008.

SILVA, Frederico Augusto Bonaldo. **Prestação jurisdicional e caráter. A interdependência das virtudes do juiz**. Tese (Doutorado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

SOUZA, Elden Borges; PINHEIRO, Victor Sales. Tomás de Aquino e a razão natural dos Direitos Humanos: pessoa e bem comum. **Nomos – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará**. v. 36.2, p. 110-137, jul./dez. 2016. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2016.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIGO, Rodolfo Luis. Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidências y diferencias. **Derecho natural y iusnaturalismos: VIII Jornadas Internacionales de Derecho Natural y III de Filosofía del Derecho**. Primera edición, julio. p. 187-218. Lima: Palestra Editores, 2014.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução: Claudia Berliner. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O direito e os direitos humanos**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.