

A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COMO ELEMENTO DE CONEXÃO ENTRE O DIREITO NATURAL E O DIREITO POSITIVO

William Paiva Marques Júnior*

RESUMO: Investiga-se a concretização dos direitos humanos sob o prisma da relação simbiótica e sinalagmática que se desenvolve entre o Direito Natural e o Direito Positivo. Na evolução histórico-jurídica verifica-se ora a predominância do jusnaturalismo, ora do juspositivismo, ambos com seus méritos e deméritos. Trata-se de uma das questões mais importantes do atual estágio da Teoria Geral do Direito, na medida em que as referidas correntes servem como fundamento axiológico para o reconhecimento dos direitos fundamentais. Analisa-se que a corrente mais hermética de predominância apenas do Direito Natural ou do Direito Positivo, paulatinamente cedeu espaço a uma relação de complementaridade, como corolário do fortalecimento do axioma da dignidade da pessoa humana. Utiliza-se, como metodologia, de pesquisa do tipo bibliográfica por meio da análise de livros, artigos jurídicos, documentos nacionais e internacionais, da legislação e da jurisprudência. A pesquisa é pura e de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória.

PALAVRAS-CHAVE: Concretização. Direitos humanos. Conexão. Direito natural. Direito positivo.

THE IMPLEMENTATION OF HUMAN RIGHTS AS A CONNECTION ELEMENT BETWEEN NATURAL LAW AND POSITIVE LAW

ABSTRACT: The realization of human rights is investigated through the prism of the symbiotic and signaling relationship that develops between Natural Law and Positive Law. In the historical-legal evolution, there is sometimes the predominance of natural law, sometimes of legal positivism, both with their merits and demerits. This is one of the most important issues of the current stage of the General Theory of Law, insofar as the referred currents serve as an axiological foundation for the recognition of fundamental rights. It is analyzed that the more hermetic current of predominance only of Natural Law or Positive Law, gradually gave way to a complementary relationship, as a corollary of strengthening the axiom of the dignity of the human person. It uses, as a methodology, research of the bibliographical type through the analysis of books, legal articles, national and international documents, legislation and jurisprudence. The research is pure and qualitative in nature, with descriptive and exploratory purposes.

KEYWORDS: Implementation. Human rights. Connection. Natural Law. Positive Right.

1. INTRODUÇÃO

Historicamente, as relações travadas entre o Direito Natural e o Direito Positivo foram pautadas no enfoque das diferenças. O grande desafio da Teoria do Direito contemporânea reverbera na necessidade de reformulação dos

* Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFC. Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da UFC de Direito Civil II e Direito Civil V. Professor do PPGD-UFC (Metodologia do Ensino Jurídico, Metodologia da Pesquisa Científica e Direito Internacional). Assessor do Reitor da UFC e Vice-Coordenador do PPGD-UFC.
E-mails: williamarques.jr@gmail.com e williamarques@ufc.br

modelos, de modo a conseguir um equilíbrio entre o arcabouço institucional no reconhecimento da efetividade dos Direitos Humanos.

O processo de integração entre o Direito Natural e o Direito Positivo nem sempre foi compassado. Em certos momentos históricos, o jusnaturalismo resstou obnubilado pelo juspositivismo. As normas passaram a ser editadas com a ausência de uma fundamentação, conforme interesses dominantes das classes dominantes.

A efetividade dos direitos humanos é plasmada em mecanismos de ação permanente, uma vez que é pautada e articulada em respeito e valorização das convergências entre o jusnaturalismo e o juspositivismo.

O presente trabalho desenvolve um percurso que apresenta como ponto inicial uma análise acerca dos contornos jurídicos do Direito Natural. Após, aborda a questão atinente à delimitação conceitual e evolução no construto do juspositivismo. Na evolução sequenciada, evidenciam-se as distinções entre Direito Natural e Direito Positivo. Por fim, analisa-se a concretização dos direitos humanos sob o prisma da relação simbiótica que se desenvolve entre o Direito Natural e o Direito Positivo

Utiliza-se, como metodologia, de pesquisa do tipo bibliográfica por meio da análise de livros, artigos jurídicos, documentos nacionais e internacionais, bem como da legislação. A pesquisa é pura e de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA, DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E CARACTERÍSTICAS DO DIREITO NATURAL

A origem do Direito Natural é milenar, confunde-se com a própria evolução da espécie humana e apresenta-se como um dos pilares em que se assenta a construção da Ciência Jurídica.

Para Arnaldo Vasconcelos¹ a teoria jusnaturalista, historicamente, representaria um estágio de transição entre o Direito sagrado e o Direito profano, entre a ordem jurídica da *civitas Dei* e a da *civitas mundi*. Aliás, a Escola tomista o detém nessa posição: a lei natural, da qual deriva imediatamente a lei humana, não é mais do que versão imperfeita, portanto parcial, da lei divina. Seria, a lei divina descoberta pela razão.

¹ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 6ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 104.

O Jusnaturalismo, defende a ideia de que o ser humano apresenta direitos naturais, invioláveis e intrínsecos, dentre eles: a vida, a liberdade e a propriedade.

Para Giorgio Del Vecchio² o conceito de uma lei natural, comum a todos os homens, tornou-se familiar aos juristas romanos, quase uma crença implícita e subentendida na sua própria noção de direito positivo. O fundamento deste é a *naturalis ratio*, a qual não corresponde à mera razão subjetiva, individual, mas à racionalidade ínsita na ordem das coisas. Como tal, é superior ao arbítrio humano. Há pois, uma lei natural, imutável, preexistente, que não deve o ser a uma elaboração artificial: lei uniforme, não sujeita a mudanças por obras dos homens. As idéias de lei natural e de equidade atuam como fatores de progresso no campo do Direito. O direito positivo é modificação do direito natural, feita com elementos arbitrários e acidentais. As condições de tempo e lugar mudam. Não obstante, perseveraram sempre no estudo do direito com o intuito de o reconduzirem às suas razões mais profundas, de confrontarem a norma com o seu natural fundamento, suprimindo desarmonias e desigualdades, equiparando e equilibrando, de modo a expurgar tudo quanto seja iníquo ou irracional.

Uma das características peculiares ao Direito Natural, em todos os seus avanços e retrocessos é a historicidade, o seu caráter moldável de acordo com as condições temporais e de lugar. Não é o mesmo desde a sua origem imemorial, sofreu diversas mutações de acordo com a evolução dos acontecimentos sociais que permearam a sua evolução, apesar de manter vivo um espírito imutável comprometido com o valor justiça.

Consoante averbado por Gustav Radbruch³ desde o seu alvorecer até princípios do século XIX, pode-se dizer que toda a Filosofia do Direito foi a doutrina do Direito Natural. Esta designação abrange, certamente, manifestações das mais variadas índoles. O direito natural da antiguidade, por exemplo, girava em torno da antítese: natureza- normas; o da Idade Média, em torno da antítese direito divino – direito humano; o dos tempos modernos, em torno da antítese: direito positivo-razão individual. Vê-se na história, ora o Direito natural estar a serviço do direito positivo, para o fortalecer, ora inversamente, ser um auxiliar na luta contra o direito positivo para o reformar. Em todo o caso,

² DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Tradução: António José Brandão. 5ª edição. Coimbra: Arménio Amado-Editor, 1979, págs. 56 e 57.

³ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução e prefácios: L. Cabral de Moncada. 5ª edição. Coimbra: Arménio Amado-Editor, 1974, págs. 61 e 62.

ele caracteriza-se em todas estas modalidades por certos traços fundamentais também distintos e que são os seguintes: 1º- Todas estas concepções de Direito Natural fornecem certos “juízos de valor” jurídico com um determinado conteúdo. 2º- Esses “juízos de valor” jurídico têm sempre como fonte, ou a Natureza, ou a Revelação, ou a Razão, universais e imutáveis- 3º- Tais juízos são acessíveis ao conhecimento racional. 4º- Tais juízos, uma vez fixados, devem preferir às leis positivas que lhes forem contrárias, o direito natural deve sempre prevalecer sobre o direito positivo.

Para o ideário jusnaturalista, afirma-se a existência de uma lei natural, universal e imutável, de caráter prescritivo, acessível e conhecida pela razão humana.

Ao explicar a nomenclatura Direito Natural que remonta à Grécia Antiga, averba Norberto Bobbio⁴ acerca da existência de elementos que não podiam deixar de ser considerados como naturais, como o Sol ou uma montanha, e outros que não podiam deixar de ser considerados artificiais ou convencionais, como uma flecha ou uma estátua; para outros, porém, entre eles o direito (aqui entendido como todas as regras da convivência humana), a classificação não era imediatamente evidente. A resposta dada pelos gregos a essa pergunta foi quase sempre ambivalente: o direito é natureza e também é arte. Certas regras derivam da natureza e, por isso, constituem o direito natural; outras derivam da arte ou da convenção – as do direito positivo. Dessa resposta dada pelos gregos ao problema do direito, surgiu a dicotomia entre direito natural *versus* direito positivo, que chegou até nós, depois de mil peripécias.

A filosofia jusnaturalista, embora tenha reconhecimento desde a Antiguidade, teve seu alto ponto de construção durante a Idade Média, tendo forte influência na organização da Revolução Francesa.

Esclarece Luis Recaséns Siches⁵ sobre quando as doutrinas de Direito natural de inspiração estoíca- aristotélica- escolástica falam da natureza humana

⁴ BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. Tradução: Sérgio Barth. 2ª- edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, pág. 30.

⁵ SICHES, Luis Recaséns. **Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”**. Ciudad del Mexico: Fondo de Cultura Económica Universidad Nacional Autónoma de México, 1.971, p. 29. Tradução livre: “*Cuando en las doctrinas de Derecho natural de inspiracion estoica - aristotélica-escolástica se habla de la naturaleza humana como base de Derecho Natural, entonces no se usa esa palabra naturaleza en el sentido de fenómenos sensibles concatenados entre sí por leyes de causalidad, sentido que fue el predominante en la ciencia y en la filosofía modernas. Por el contrario, en esas doctrinas, naturaleza humana significa otra cosa: significa la particular estructura teleológica de la realidad del hombre. Según Arsitóteles, los movimientos de los seres vivientes son explicables desde el punto de vista de la finalidad. Esto apunta y en as plantas, también en los animales, pero*”

como base do Direito Natural, então não se usa a palavra natureza, no sentido de fenômenos sensoriais concatenados entre si por leis de causalidade, sentido esse que foi predominante na ciência e na filosofia moderna. Pelo contrário, as doutrinas, a natureza humana significa outra coisa: se a estrutura particular teleológica do homem a realidade. Segundo Arsitóteles os movimentos dos seres vivos são explicados do ponto de vista da finalidade. Isto sugere em como as plantas, também em animais, mas ocorre principalmente nos homens. Mas com referência às ações humanas, o conhecimento desta ordem final no mais difícil e muito mais intrincada extrair conseqüências práticas. A contemplação do mundo revela uma natureza admiravelmente ordenada.

Consoante Artur Machado Paupério⁶ com o alvorecer do Renascimento e o declínio da civilização cristã, o direito natural laicizou-se, atingindo com Hugo Grócio, Thomas Hobbes, Samuel Putendorf e Christian Thomasius, entre os séculos XVI e XVII, a sua expressão racionalista máxima. O direito natural passa então a derivar-se da Razão e não de Deus. Seus princípios, descobertos pela razão, existiriam mesmo que Deus não existisse.

Sobre a evolução da idéia de um Direito Natural, os teóricos racionalistas dos séculos XVII e XVIII tinham outras ambições. Queriam elaborar um sistema de direito justo, uma jurisprudência universal, inteiramente fundada em princípios racionais, independentes em sua formulação e em sua validade do meio, tanto social quanto cultural, que os viu nascer e daqueles que deveriam reger. Um sistema assim é que devia ser ensinado das Faculdades de Direito, na esperança de que aqueles a quem caberia elaborar e promulgar as leis positivas se afastassem o menos possível do modelo ideal que lhes era ensinado. Daí resultava a pouca importância atribuída, no continente europeu, nas Faculdades de Direito do Antigo Regime, ao direito positivo, que não passava, na melhor das hipóteses, de uma imitação imperfeita do direito ideal e que, como a sombra do Justo, na caverna de Platão, só podia ser uma pálida e imperfeita imitação da idéia da própria Justiça. A idéia de que o direito justo, da mesma forma que as leis da natureza, fosse apenas a expressão de uma razão universal,

sobre todo se manifiesta en el hombre. Pero con referencia a los actos humanos, el conocimiento de ese orden finalista en más difícil; y es mucho más intrincada la extracción de consecuencias prácticas. La contemplación el mundo nos descubre una naturaleza admirablemente ordenada”.

⁶ MACHADO PAUPÉRIO, Artur. **Introdução axiológica ao Direito: apêndice à Introdução à ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1.977, págs. 135 e 136.

reflexo direto ou indireto (através da natureza criada) da razão divina, desenvolvera-se em duas tradições opostas, ambas de origem religiosa, a tradição racionalista e a tradição empirista⁷.

Para Hans Kelsen⁸ a natureza das coisas é, por conseguinte, a natureza como totalidade da realidade ou a natureza do homem. Quanto a esta, ou são os impulsos inatos do homem ou sua razão, a saber, aquilo que distingue o homem do animal. Nesse último caso, aparece o Direito Natural como Direito racional. Em todos os casos é a teoria do Direito Natural caracterizada pela aceitação de normas imanentes à natureza e, por conseguinte, pela admissão de uma imanência dos valores constituídos por essas normas na realidade da natureza em geral ou da natureza do homem, particularmente sua razão, que prescreve ao homem um determinado comportamento. A natureza em geral ou a natureza do homem em particular, especialmente a razão, aparece como autoridade produtora de normas.

Segundo Arnaldo Vasconcelos⁹ os tipos de Direito Natural concebidos pelos jusfilósofos contemporâneos, já ostentam, em suas denominações, vocábulos que demonstram claramente compromissos sociais de ordem histórica e sociológica. Têm-se, assim, entre outros: um Direito Natural de conteúdo variável, predicado por Stammler; de conteúdo progressivo, por Renard; um Direito Natural variável e mutável, formulado por Coing; flexível e aberto, por Fechner; de conteúdo social, por Leclercq; dinâmico-existencial, como postula Dilthey, empírico-existencial, na expressão de Wurtemberger; além de um Direito Natural relativo-existencial como pretende Ripollés.

Para Vicente Ráo¹⁰ caso se investigue o conceito tomístico do direito natural, encontra-se apresentado nos seguintes termos: 'O direito natural, em sentido amplo, compreende o conjunto das regras de conduta derivadas logicamente da lei moral, que fundamentam nossos direitos e nossos deveres em relação ao próximo e à sociedade em geral. Assim entendido, o direito natural se

⁷ PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. Tradução: Virgínia K. Pupi. 2ª- edição. São Paulo: Martins Fontes, 2.004, pág. 17.

⁸ KELSEN, Hans. **Normas jurídicas e análise lógica: correspondências trocadas entre os Srs. Hans Kelsen e Ulrich Klug**. Tradução: Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense, 1.984, pág. 64.

⁹ VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 1ª- edição. São Paulo: Malheiros, 1998, págs. 45 e 46.

¹⁰ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos. 1º- volume**. Reedição. São Paulo: Max Limonad, 1952, págs. 82 e 83.

confunde com a moral social. Mas, em sentido mais restrito, as palavras *direito natural* designam aquela parte da moral social que trata dos deveres da justiça. O direito natural, assim conceituado, é o conjunto das regras de conduta, derivadas logicamente da lei moral, cuja execução pode ser eventualmente submetida a medidas coercitivas’.

Ao se perpassar pela evolução histórica do direito natural, observa-se sempre que a sua delimitação conceitual encontra-se atrelada ao valores: justiça e liberdade. Neste jaez, entende-se de forma majoritária que o direito positivo tem por substrato de validade e retira seu fundamento legitimador o direito natural.

Aduz Arnaldo Vasconcelos¹¹ que a noção de Direito Natural esteve intrinsecamente ligada, desde sempre, aos ideais de liberdade e de justiça. Foi contra a injustiça do ato do tirano, o qual privou o corpo do seu irmão de sepultura, que Antígona, através da invocação a um Direito divino e inevitável, embora não escrito, praticou, talvez, o primeiro ato de desobediência civil registrado pela crônica política do Ocidente. Seu protesto repete-se todos os dias, em todos os lugares onde lavrem quaisquer iniquidades, não importa por quais formas ou meios, tornando sempre presente o sentimento de que deve haver uma medida superior e anterior de justiça a adequar o direito positivo. Do episódio têm sido retiradas muitas lições; nenhuma, porém, mais evidente do que esta, segundo a qual a idéia de força é inteiramente incompatível com os princípios humanistas do Direito Natural.

De acordo com Vicente Ráo¹², o Direito Natural, assim concebido, procura aproximar o direito próprio, positivo, de cada povo, em torno dos postulados básicos, intransponíveis, do respeito aos direitos fundamentais do homem, àqueles direitos, isto é, cujo desconhecimento afetaria a própria natureza humana; e procura, ademais, inspirar e conduzir todos os sistemas positivos de direito em direção a um ideal supremo de justiça.

¹¹ VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito e força: uma visão pluridimensional da coação jurídica**. São Paulo: Dialética, 2001, pág. 58.

¹² RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos. 1º volume**. Reedição. São Paulo: Max Limonad, 1952, págs. 78 e 79.

Sobre o compromisso inquebrantável entre o direito natural e a liberdade, preleciona John Rawls¹³ que a liberdade dos Modernos, ou “liberdade negativa”, é a liberdade privada ou o exercício pelo indivíduo do seu direito natural de gerir sua vida como bem entende.

Observa-se, portanto, que o jusnaturalismo clássico busca demonstrar a existência de uma ordem jurídica imutável, superior, anterior ao próprio homem, acima de todas as prescrições criadas pela cultura humana, pautando-se em elementos da Mitologia, da Cultura e da Religião.

3. DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E ASPECTOS BÁSICOS DO DIREITO POSITIVO

O Positivismo Jurídico, em que pesem suas diferenças internas, parte da idéia comum de que o Direito é criação do ser humano, produto de sua cultura, construído a partir de um processo racional (o que apresentará sempre o caráter da imperfeição).

Neste sentido tem-se que o positivismo jurídico, nascido para gerar uma transmutação de valores e incomodar um domínio milenar do pensamento idealista do jusnaturalismo, ao assumir suas limitações não pode prescindir de um processo constante de reconstrução em suas bases teóricas. Um de seus mais importantes fundamentos é a necessidade de segurança jurídica.

Esclarecem Carlos Mouchet e Ricardo Zorraquin Becu¹⁴ que é chamado de direito positivo ao conjunto de todas as normas legais emitidas pela autoridade competente e que reconhece e aplica. É, em outras palavras, o direito que se manifesta nas leis, costumes, jurisprudência e doutrina, e cuja aplicação pode ser reivindicada por qualquer um que tem um interesse legal nele. Esta idéia é a oposição de muitos juristas e filósofos do direito natural, considerando que estes são dois sistemas diferentes, tanto em sua origem e seu respectivo

¹³ RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Tradução: Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pág. 379.

¹⁴ MOUCHET, Carlos. BECU, Ricardo Zorraquin. **Introducción al Derecho**. 7ª- edición. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1970, págs. 39/40. Tradução livre: “*Llámase derecho positivo al conjunto de normas jurídicas emanadas de autoridad competente y que ésta reconoce y aplica. Es en tras palabras, el derecho que se exterioriza en las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina, y cuya aplicación puede ser exigida por cualquiera que tenga un interés jurídico en hacerlo. Esta noción es opuesta por muchos juristas y filósofos a la derecho natural, por considerar que se trata de dos sistemas diferentes, tanto por su origen como por su respectivo contenido. Así, el primero constaría únicamente de los preceptos que forman o han formado el derecho en la realidad, mientras que el segundo sería la expresión de anhelos ideales no siempre convertidos en normas jurídicas*”.

conteúdo. Assim, a primeira consiste unicamente dos preceitos sejam ou tenham formado o direito, na realidade, enquanto a segunda seria a expressão perfeita de ideais que nem sempre é transformada em normas legais.

A Escola do Juspositivismo confere ênfase aos problemas práticos e ao enquadramento normativo dos fatos sociais. As revoluções liberais foram os principais marcos históricos do juspositivismo na codificação do Direito Constitucional.

Para Arnaldo Vasconcelos¹⁵ a Teoria Pura do Direito é o estudo científico do Direito Positivo, tomado este nos estritos termos do positivismo jurídico. Mais: uma teoria positivista em aberta oposição à doutrina do Direito Natural. Sua exclusiva preocupação reside em definir o Direito que é, nada tendo com o Direito que foi ou com aquele que deverá ser. Cuida apenas do Direito atual, tal como está posto, sem se importar com suas falhas e deficiências.

Sobre a relação que se estabelece entre o constitucionalismo e o positivismo jurídico preleciona Luigi Ferrajoli¹⁶ que a única diferença importante entre constitucionalismo e o positivismo - ligada à coincidência no modelo positivista do estado legislativo de direito, da validade das leis com a existência ou validade, resultantes da sua produção de acordo com as formas determinada pela ordem - consite no fato de que o segundo, por não ter regras rígidas constitucionais, portanto, a separação entre a Constituição e a legislação deôntica, a ciência escapa a competência legal e a possibilidade de fazer julgamentos sobre a validade substancial das leis. É claro, porém, que essa barreira caiu e o paradigma constitucional, graças precisamente à positivação de princípios que ela incorpora.

Uma características marcante do juspositivismo clássico é a coincidência quase total entre direito e norma, bem como o formalismo, ou seja, a observância de um procedimento estabelecido para a sua criação.

¹⁵ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria pura do Direito: repasse crítico de seus principais fundamentos**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Jurídica, 2003, pág. 170.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo. Debate sobre el derecho y La democracia**. Traducción: Andrea Greppi. Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 26. Tradução livre: “*La única, importantísima diferencia entre constitucionalismo y paleo- positivismo - vinculada a la coincidencia, en el modelo paleo-positivista del estado legislativo de derecho, de la validez de las leyes con la existencia o vigencia, fruto de su producción con arreglo a las formas establecidas por el ordenamiento - consite en el hecho de que el segundo, al carecer de normas constitucionales rígidas y, portanto, de separación deôntica entre constitución y legislación, sustrae a la ciencia jurídica y a la jurisdicción la posibilidad de formular juicios jurídicos sobre la validez sustancial de las leyes. Es claro, sin embargo, que esta barrera ha caído y en el paradigma constitucional, gracias precisamente a la positivación de los principios que el mismo incorpora*”.

4. DISTINÇÕES ENTRE O DIREITO NATURAL E O DIREITO POSITIVO

A distinção entre Direito Natural e Positivo remonta à filosofia grega e ao Direito Romano. Trata-se de uma problemática que não se esgotou no passado, mas se prolonga até os dias de hoje, com muitos aspectos a serem esclarecidos.

Dois são os critérios pelos quais Aristóteles distingue o direito natural e o positivo: (a) o direito natural é aquele que tem em toda parte (*pantachouî*) a mesma eficácia (o filósofo emprega o exemplo do fogo que queima em qualquer parte), enquanto o direito positivo tem eficácia apenas nas comunidades política singulares em que é posto; (b) o direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros. Prescreve, pois, ações cuja bondade é objetiva (ações que são boas em si mesmas, diriam os escolásticos medievais). O direito positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro mas, uma vez reguladas pela lei, importa (isto é: correto e necessário) que sejam desempenhadas do modo prescrito pela lei. Aristóteles dá este exemplo: antes da existência de uma lei ritual é indiferente sacrificar a uma divindade uma ovelha ou duas cabras; mas uma vez existente uma lei que ordena sacrificar uma lei, isto se torna obrigatório; é correto sacrificar uma ovelha e não duas cabras não porque esta ação seja boa por sua natureza, mas porque é conforme a uma lei que dispõe desta maneira. Esta dicotomia também é encontrada no direito romano, onde é formulada como distinção entre “direito natural” (e é preciso notar que também o *jus gentium* é muitas vezes incluído neste) e *jus civile* (não em sentido estrito- contraposto ao *jus honorarium*- mas em sentido lato- contraposto ao *jus gentium* ou ao *jus naturale*). Assim, no início das *Instituições* se encontra a tríplice distinção entre *jus naturale*, *jus gentium* e *jus civile*. A primeira categoria (*jus naturale*)- definida como “*quod natura omnia animalia docuit*”- não nos interessa porque estamos examinando a categoria do *jus gentium* que corresponde ao conceito de direito natural, bem como o de *jus civile* que corresponde ao nosso direito positivo¹⁷.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito.** Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006, págs. 16 e 17.

Há com efeito, diversas maneiras de se conceber o Direito Natural. Autores como Giorgio Del Vecchio¹⁸, reduzem todos os princípios gerais de direito a princípios de Direito Natural, ao passo que para outros o problema é posto em outros termos entendendo que a vinculação ao Direito Natural não exclui que haja princípios gerais de direito no plano positivo.

Por força da multividência metafísico-religiosa, a ligação de causa e efeito é produzida pela vontade do divino Criador. Portanto, as leis naturais descrevem normas nas quais se exprime a vontade divina, normas que prescrevem à natureza um determinado comportamento. E, por isso, uma teoria metafísica do Direito crê poder encontrar na natureza um Direito Natural¹⁹.

Para Luigi Ferrajoli²⁰, as teorias políticas do direito natural contratual eram todas, essencialmente, doutrinas utilitárias de justificação externa do nascente Estado moderno, repudiando a ideia de um fundamento a priori – natural, ou ético ou religioso.

Elementos da religião e da filosofia, em articulação ontológica, fazem surgir alguns dos elementos formativos do ideário jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos considerados naturais e inalienáveis.

A ideia de um Direito Natural, distinto do Direito Positivo, é muito antiga. Encontra-se nas manifestações mais remotas da civilização ocidental a respeito do problema da lei e da justiça, o mesmo ocorrendo na cultura do Oriente. Todavia, é entre os pensadores gregos que a aceitação de um Direito Natural, como expressão de exigências éticas e racionais, superiores às do Direito Positivo ou histórico, passa a ser objeto de estudos especiais, até se converter em verdadeira “teoria”. Pode-se dizer que as linhas fundamentais dessa compreensão do Direito Natural ainda perduram em nossa época, assistindo razão a

171

¹⁸ DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Tradução: António José Brandão. 5ª edição. Coimbra: Arménio Amado-Editor, 1979, pág 380: “Na realidade, é completamente errôneo supor que a analogia é susceptível de estender-se indefinidamente ou que a generalização das normas existentes bastará para se encontrar um critério em todos os casos. A verdade é, precisamente, o contrário: a fonte inexaurível do Direito é constituída pela natureza das coisas, tal como esta pode estar apreciada pela nossa razão. A esta fonte, que uma tradição muitas vezes milenária chama direito natural, teve o legislador italiano a intenção de se referir, entendendo por princípios gerais de direito os meios cujo emprego permitiria suprir as deficiências inevitáveis das suas prescrições positivas”.

¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 3ª edição. Coimbra: Arménio Amado- Editor, Sucessor, 1.974, pág. 120.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione. Teoria Del garantismo penale**. Nona edizione. Roma: Editori Laterza, 2008, p. 211. Tradução livre: “Le teorie politiche del giusnaturalismo contrattualistico furono tutte, essenzialmente, dottrine utilitaristiche di giustificazione esterna del nascente stato moderno, di cui ripudiarono l’idea di una fondazione aprioristica - naturale, o etica o religiosa.”

Husserl quando nos lembra que, no tocante às idéias universais, somos todos agentes da cultura grega²¹.

A ideia de Direito Natural ocorre no pensamento de Sócrates, Platão e Aristóteles, ordenando-se segundo estruturas lógicas ajustadas ao real. Seu conceito de *lei natural*, como expressão da natureza das coisas, não se esfuma em fórmulas vazias, mas tem a pressão de uma força da natureza, o Direito Natural é igual para todos os homens, não sendo um para os civilizados atenienses e outro para os bárbaros. É essa mesma correlação entre a ideia e os fatos que governa a doutrina dos filósofos estoicos, até o ponto de não fazerem distinção entre *lei natural* e *lei racional*. Seguir a natureza é o primeiro dever do homem, pois equivale a viver segundo a razão. A doutrina estoica tem para os juristas uma significação especial, por sua influência sobre os juristas romanos, por intermédio de Panêcio e Posidônio, que propagaram o estoicismo no mundo romano, no século I a.C. Os princípios de Zenão e Crisipo, sobre o dever que tem todo ser humano de viver de conformidade com a natureza e a razão, princípios esses que correspondiam à índole e às tendências do povo romano, passaram a informar a sua Jurisprudência. Panteístas que eram, os estoicos não faziam diferença entre as leis naturais e as que regem a conduta humana, compreendendo-se que o jurisconsulto Ulpiano tenha concebido o *ius naturale* como sendo aquele que a natureza ensinou a todos os animais (*quod natura omnia animália docuit*). No que se refere ao Direito Natural em Roma mister é lembrar a obra de Cícero, que faz a apologia da *lei natural*, que não precisa ser promulgada pelo legislador para ter validade. É ela que, ao contrário, confere legitimidade ética aos preceitos da lei positiva. A ideia de Direito Natural representa uma das constantes do pensamento do Ocidente. Alteram-se os sistemas, mudam-se as doutrinas e os regimes políticos, e nem bem se proclama que ele está morto, definitivamente morto, ressurgue das cinzas. Pode-se contestar-lhe a existência como um Direito distinto do Direito Positivo, mas o que se não pode negar é o papel que a sua idéia, ainda que ilusória, tem exercido e continua exercendo no desenvolvimento da experiência jurídica, atuando ora como força revolucionária, ora como fator de declarado conservantismo, tal a paradoxal pluralência de seu significado²².

²¹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª- edição. 8ª- Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2.009, pág. 310.

²² REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª- edição. 8ª- Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2.009, pág. 311.

Acerca do substrato ideológico sobre o qual se assenta o Direito Natural colhe-se o escólio de Arnaldo Vasconcelos²³ consoante o qual, desde as suas origens como idéia, o Direito Natural tem-se caracterizado como filosofia de crise, revelando os aspectos trágicos da natureza humana. Foi desse modo na Antiguidade clássica grega, com Alcidas, Antifon e Trasímaco, assim como entre os modernos, com Hobbes, Locke e Rousseau.

Quer sirva ao pessimismo de Hobbes para legitimar a doutrina da monarquia absoluta, ou a Rousseau para conceber uma democracia radical, fundada na doutrina otimista da bondade natural dos homens; ou, então, para inspirar solenes Declarações de Direito dos indivíduos e dos povos, o certo é que o Direito Natural espelha as esperanças e as exigências da espécie humana, jamais conformada com as asperezas da lei positiva, no processo dramático da história. Há duas maneiras fundamentais de conceber-se o Direito Natural: a *transcendente* e a *transcendental*. Segundo os adeptos da primeira (que atualmente se filiam sobretudo à Filosofia tomista) haveria, acima do Direito Positivo e independente dele, um conjunto de *imperativos éticos*, expressão não apenas da *razão humana* (como sustentaram os jusnaturalistas do século XVIII, cuja concepção era a de um Direito Natural como pura exigência da razão) mas também da *razão divina*. O Direito Natural, acorde com a doutrina de Santo Tomás de Aquino, repete, no plano da experiência social, a mesma exigência de *ordem racional cosmos*. À luz dessa concepção, a lei positiva, estabelecido pela autoridade humana competente, deve se subordinar à lei natural, que independe do legislador terreno e se impõe a ele como um conjunto de imperativos éticos indeclináveis, dos quais se inferem outros ajustáveis às múltiplas circunstâncias sociais. Desse modo, haveria duas ordens de leis, uma dotada de validade em si e por si (a do Direito Natural) e outra de validade subordinada e contingente (a do Direito Positivo)²⁴.

É numa linha diversa que se desenvolve a teoria *transcendental* do Direito Natural, a qual se distingue da anterior por só admiti-lo em função da experiência histórica. Essa concepção é, em geral, aceita por juristas que partem de Kant, para quem todas formas de experiência são condicionadas por certas *formas e conceitos* (categorias) que tornam a mesma experiência possível. Essa é

²³ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 6ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 104.

²⁴ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª- edição. 8ª- Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2.009, pág. 312.

a posição, por exemplo, de jusfilósofos como Stammler e Del Vecchio, cujos ensinamentos tiveram grande voga na primeira metade do século XX²⁵.

Rudolf Stammler marca uma transição entre a mentalidade estritamente positivista do Direito, dominante em fins do século XIX e começo do XX, e uma compreensão mais ética da problemática jurídica, tal como a que se busca na crise de nosso tempo. É dele a conhecida teoria de um *Direito Natural de conteúdo variável*, ou seja, cujo conteúdo varia no decorrer da história, sem prejuízo de uma *forma constante*, que seria representada, como o já enunciara Kant, pela coordenação harmônica das liberdades iguais segundo uma lei universal de liberdade. Nossa posição é, todavia, diversa, tendo um *caráter conjectural* em função da experiência histórica do Direito²⁶.

A *common law* não é o direito comum de origem romana, mas um direito consuetudinário tipicamente anglo-saxônico que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juízes nomeados pelo Rei; numa segunda fase, ele se torna um direito de elaboração judiciária, visto que é constituído por regras adotadas pelos juízes para resolver controvérsias individuais (regras que se tornam obrigatórias para os sucessivos juízes, segundo o sistema do precedente obrigatório). O direito estatutário (“*statute law*”) se contrapõe à *common Law*, sendo ele posto pelo poder soberano (isto é, o Rei e, num segundo momento, pelo Rei juntamente com o Parlamento)²⁷.

Segundo Norberto Bobbio²⁸ a experiência jurídica pressupõe determinadas *constantes valorativas ou axiológicas*- como, por exemplo, a do valor originário da pessoa humana- sem as quais a história do Direito não teria sentido. Como se vê, se aceitamos a concepção transcendental do Direito Natural, não colocamos o problema em meros termos *lógico-formais*, mas antes em termos axiológicos, nem estabelecemos uma sinonímia entre princípios gerais de Direito e princípios de Direito Natural. A experiência histórica demonstra que há determinados *valores* que, uma vez trazidos à consciência histórica, se revelam ser *constantes ou invariantes éticas* inamovíveis que, embora ainda não percebidos pelo intelecto, já condicionavam e davam sentido à *práxis humana*.

²⁵ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª- edição. 8ª- Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2.009, págs. 311 e 312.

²⁶ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª- edição. 8ª- Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2.009, pág. 313.

²⁷ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006, pág. 33.

²⁸ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª- edição. 8ª- Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2.009, pág. 313.

De todos esses valores o primordial é o da *pessoa humana*, cujo significado transcende o processo histórico, através do qual a espécie toma consciência de sua dignidade ética. Daí dizermos que a *pessoa é o valor fonte*. Embora Kant o tenha formulado à luz de outros pressupostos, continua válido este seu imperativo que governa toda a vida moral e jurídica: “*Sé uma pessoa e respeita os demais como pessoas*”. Eis aqui, pois, uma exigência axiológica que, longe de constituir um ditame da “razão prática”, como o queria Kant, emerge transcendentalmente da consciência histórica²⁹.

Aduz Arnaldo Vasconcelos³⁰ que os valores prioritários da dignidade humana, quer digam respeito ao regime democrático ou ao ordenamento jurídico, devem ser preservados a todo custo, caso se deseje manter a verticalidade inerente ao ser humano. Não pode o homem transigir com a deterioração do mundo cultural, que vem sendo modelado à sua imagem, através dos tempos. A criação deste mundo, obra de seu inestimável poder de consubstanciação axiológica, mais parece ser, como imaginou Nietzsche, a prerrogativa divina do homem, mesmo desprovido de Deus. Uma das garantias da preservação destes valores prioritários é o Direito Natural, parte de sua natureza enigmática, o qual com fundamento nela começou e só com ela se extinguirá.

O constitucionalismo adotou diversos valores imanentes ao jusnaturalismo. Neste jaez, a Constituição Federal de 1988 consagrou como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana em seu art. 1º-, inciso III e, da mesma importância a questão atinente à valorização social do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º-, IV da CF/88). Tratam-se de valores oriundos do Direito Natural. Por seu turno, o art. 3º-, I da CF/88 estabelece que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária. Indubitavelmente, liberdade, justiça e solidariedade são três dos pilares básicos em que se assenta a ordem do Direito Natural, constantes do pós-positivismo informativo do Texto Constitucional.

Para Norberto Bobbio³¹ pode-se, de fato definir o direito como um conjunto de regras que são consideradas (ou sentidas) como obrigatórias em uma

²⁹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª- edição. 8ª- Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2.009, págs. 313 e 314.

³⁰ VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito e força: uma visão pluridimensional da coação jurídica**. São Paulo: Dialética, 2001, pág. 62.

³¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006, págs. 27 e 28.

determinada sociedade porque sua violação dará, provavelmente, lugar à intervenção de um “terceiro” (magistrado ou eventualmente árbitro) que dirimirá a controvérsia emanando uma decisão seguida de uma sanção ao que violou a norma. (A aplicação de tal sanção é confiada, num primeiro momento, à parte adversária e, em um desenvolvimento posterior, ao próprio Estado). Falamos, então, de direito quando, surgindo um conflito entre dois sujeitos, intervém um terceiro (juiz nomeado pelo Estado ou árbitro escolhido pelas partes) que estabelece uma regra (que provavelmente se tornará “precedente”, isto é, será aplicada também uma dada sociedade, não há intervenção deste “terceiro”, não se pode falar de direito em senso estrito: dir-se-á que aquela sociedade vive segundo usos, costumes (*mores*) etc. (É por isto que se foi levado considerar como verdadeiro e real direito o ordenamento internacional, ou pelo menos enquanto este não apresentava órgão internacionais, como os que atualmente se consolidam, diante dos quais são discutidas as controvérsias, mas valia apenas como regra de conduta entre os Estados).

176 | Para Norberto Bobbio³², caso se defina, o ordenamento jurídico como o conjunto de regras acolhidas (ou que têm a possibilidade de serem acolhidas) por um juiz, e mantemos presente este esquema conceitual, compreendemos por que em certa época se falava de direito natural e direito positivo. Antes da formação do Estado Moderno, de fato, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar; podia deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas, ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraíndo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural. Todas estas regras estavam no mesmo nível, de todas podia o juiz obter normas a aplicar e, portanto, todas, na mesma proporção, constituíam “fontes do direito”. O que permitia aos juristas falarem de duas espécies de direito, natural e positivo, e o juiz podia obter a norma a aplicar tanto de regras preexistentes na sociedade (direito positivo) quanto de princípios equitativos e de razão (direito natural).

Segundo Arnaldo Vasconcelos³³ o combate ao Direito Natural foi particularmente assumido, como aspiração programática, pela Escola Histórica, que

³² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006, pág. 28.

³³ VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998, pág. 43.

floresceu no início do século XIX. Mas, o que então se visava, era atingi-lo enquanto entidade racional. O propósito de Savigny era invalidar o racionalismo como instrumento de criação jurídica, pelo que, ao Direito produto da manufatura, antepunha o Direito de formação espontânea. Era esse Direito o costume, que representava, com a maior pureza e autenticidade, o espírito do povo, fundamento da ordem jurídica. Savigny o coloca na consciência comum do povo e o chama de Direito Puro, tanto que se realizava de modo invisível. Para ele, esse é que era o verdadeiro Direito Natural, e não aquele apontado pelo Jusnaturalismo.

Averba Norberto Bobbio³⁴ no sentido de que, com a formação do Estado moderno o juiz de livre órgão da sociedade torna-se órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico agente público. De acordo com a análise histórica feita por Ehrlich, este fato transforma o juiz no titular de um dos poderes estatais, o Judiciário, subordinado ao Legislativo, e impõe ao próprio juiz a resolução das controvérsias sobretudo segundo regras emanadas do órgão legislativo ou que, de qualquer modo (tratando-se de normas consuetudinárias ou de direito natural), possam ser submetidas a um reconhecimento por parte do Estado. As demais regras jurídicas são descartadas e não mais aplicadas nos juízos: eis por que, sobretudo o direito positivo (o direito posto e aprovado pelo Estado) é tido como o único verdadeiro direito: este é o único a encontrar, doravante, aplicação nos tribunais.

Para Hans Kelsen³⁵, a ordem jurídica pode limitar mais ou menos a liberdade do indivíduo enquanto lhe dirige prescrições mais ou menos numerosas. Fica sempre garantido, porém, um mínimo de liberdade, isto é, de ausência de vinculação jurídica, uma esfera de existência humana na qual não penetra qualquer comando ou proibição. Mesmo sob a ordem jurídica mais totalitária existe algo como uma liberdade inalienável – não enquanto direito inato do homem, enquanto direito natural, mas como uma consequência da limitação técnica que afeta a disciplina positiva da conduta humana.

5. DIREITOS NATURAIS: BASE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A gênese dos direitos fundamentais é representada pelo aperfeiçoamento dos direitos naturais, que se transformaram em diretos humanos. Estes últimos,

³⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito.** Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006, págs. 28 e 29.

³⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução: João Baptista Machado. 3ª- edição. Coimbra: Armênio Amado- Editor, Sucessor, 1.974, págs. 73 e 74.

uma vez positivados por determinado ordenamento jurídico, fizeram surgir os direitos fundamentais (representativos da base em que se assenta o moderno Estado de Direito).

Arnaldo Vasconcelos³⁶ relembra que a violência desencadeada pela Segunda Guerra mundial, com pretexto de superioridade de raça, provou, mais uma vez, a insuficiência do Direito positivo de talhe positivista para fazer face às crises dos regimes autoritários de direita ou de esquerda, o que levou a mais um renascimento do Direito Natural. Desta vez, tem recebido ele de alguns positivistas remanescentes o nome alternativo de Direitos humanos, por envolver basicamente os chamados Direitos e garantias fundamentais entronizados pelo Estado liberal de Direito.

Segundo Antonio Enrique Perez Luño³⁷ em seu significado objetivo axiológico os direitos fundamentais representam o resultado do acordo básico das diferentes forças sociais, feita a partir de relações de tensão e os esforços posteriores para colaborar na consecução de objetivos comuns. Portanto, corresponde aos direitos fundamentais um papel importante para legitimar as formas constitucionais do Estado de Direito, assim como o consenso que constituem pressupostos sobre as quais construir uma sociedade democrática, em outras palavras, a sua função é sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do sistema democrático que a maioria das pessoas dão o seu consentimento e condicionam o seu dever de obediência à lei. Também envolvem a garantia essencial de um processo político livre e aberto, como um repórter de uma sociedade pluralista.

Consoante vaticinado por Paulo Bonavides³⁸ a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade da pessoa humana, enquanto valores históricos e filosóficos, conduzem ao significado de universalidade

³⁶ VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito e força: uma visão pluridimensional da coação jurídica**. São Paulo: Dialética, 2001, pág. 61.

³⁷ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Novena Edición. Madrid: Tecnos, 2007, p. 20/21. Tradução livre: “*En su significación axiológica objetiva los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes. Por ello, corresponde a los derechos fundamentales un importante cometido legitimador de las formas constitucionales del Estado de Derecho, ya que constituyen los pressupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática; en otros términos, su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al Derecho. Comportan también la garantía esencial de un proceso político libre y abierto, como elemento informador de cualquier sociedad pluralista*”.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2.006, pág. 562.

inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, por ensejo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1.789.

Declara Jorge Miranda³⁹ que os direitos fundamentais, ou pelo menos os imediatamente conexos com a dignidade da pessoa humana, radicam no Direito Natural (ou, se se preferir, em valores éticos superiores ou na consciência jurídica comunitária), de tal sorte que devem ser tidos como limites transcendentais do próprio poder constituinte material (originário) e como princípios axiológicos fundamentais. Não se esgotam, porém, no Direito Natural.

Para José Carlos Vieira de Andrade⁴⁰ aquilo a que se chama ou a que é lícito chamar direitos fundamentais pode, afinal, ser considerado por diversas perspectivas. De fato, os direitos fundamentais tanto podem ser vistos enquanto direitos naturais de todos os homens, independentemente dos tempos e dos lugares – perspectiva filosófica ou jusnaturalista; como podem ser referidos aos direitos mais importantes das pessoas, num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto ou numa comunidade de Estados – perspectiva estadual ou constitucional; como ainda podem ser considerados direitos essenciais das pessoas num certo tempo, em todos os lugares ou, pelo menos, em grandes regiões do mundo – perspectiva universalista ou internacionalista.

Ao comentar acerca da positivação constitucional dos direitos naturais, Luigi Ferrajoli⁴¹ afirma que de fato aconteceu, com a formação dos modernos

179

³⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais**. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2008, pág. 15.

⁴⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1.976**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2.006, pág. 15.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione. Teoria Del garantismo penale**. Nona edizione. Roma: Editori Laterza, 2008, p. 349/350. Tradução livre: “*E infatti accaduto, con la formazione dei moderni stati costituzionali, che il diritto positivo ha incorporato gran parte dei contenuti o valori do giustizia dal giusnaturalismo razionalistico e illuministico: il principio di uguaglianza, il valore della persona umana, i diritti civili e politici, e inoltre quasi tutte le garanzie penali e processuali di libertà e i certezza elencate nel nostro sistema SG. Tutti questi principi, affermati dalle dottrine giusnaturalistiche dei secoli XVII e XVIII sotto forma di diritto o diritti naturali, sono stati consacrati nelle moderne costituzioni sotto forma di principi normativi fondamentali contenenti limitazioni o imperativi negativi - o anche positivi, come quelli espressi dai cosiddetti "diritti sociali" o "materiali" (al lavoro, alla salute, alla sussistenza, all'istruzione e simili), aggiunti nelle carte costituzionali di questo secolo- di cui sono destinatari il legislatore e gli altri pubblici poteri. In particolare, i cosiddetti diritti "inviolabili" della persona, o diritti "personalissimi" o "indisponibili" non sono altro che la forma giuridica positiva che i diritti naturali, teorizzati come pre- o meta- o sovra- giuridici alle origini dello stato moderno, hanno assunto con la loro garanzia quali "diritti soggettivi" nelle moderne costituzioni..”*

estados constitucionais, que o direito positivo incorporou a maior parte do conteúdo ou valores do fazer justiça pelo Iluminismo e do direito natural racionalista: o princípio da igualdade, o valor dos direitos humanos, civis e políticos, e além disso, quase todas as garantias penais e processuais da liberdade e confiança em nosso sistema. Todos estes princípios, estabelecidos pela doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII, na forma de lei ou direitos naturais foram consagrados nas constituições modernas na forma de princípios jurídicos fundamentais que contêm restrições ou imperativos negativos - ou até mesmo positivos, tais como aqueles expressos pelos chamados "direitos social" ou "material" (trabalho, saúde, sustento, educação, etc), as cartas constitucionais deste século- de que são destinatários os legisladores e outras autoridades públicas. Em particular, os chamados direitos "invioláveis" da pessoa, os direitos, ou "personalíssimos" ou "indisponíveis" nada mais são do que a forma jurídica do direito positivo e natural, teorizado como um pré-ou meta- das origens jurídicas do Estado moderno ter tomado com a sua garantia de "direitos individuais" em constituições modernas.

180 | 6. A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COMO ELEMENTO DE CONEXÃO ENTRE O DIREITO NATURAL E O DIREITO POSITIVO

A retomada do jusnaturalismo no século XX trouxe importantes conquistas para a efetividade dos Direitos Humanos. A humanidade, traumatizada com os trágicos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial clamou por uma nova forma de organização de Estado, de respeito às individualidades e por um parâmetro universal de criação e interpretação das normas, plasmada no valor da universalidade.

Sobre a relação com jusnaturalismo e juspositivismo no contexto contemporâneo de efetividade dos Direitos Humanos, preleciona Antonio Enrique Pérez Luño⁴²: assim como as correntes do direito natural sofreram uma impor-

⁴² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Novena Edición. Madrid: Tecnos, 2005, p. 83/84. Tradução livre: "Lo mismo que las corrientes iusnaturalistas experimentaron una importante evolución en nuestra época, también el positivismo contemporáneo mantiene hoy posiciones doctrinales que no hubiesen sido aceptadas por el viejo y estrecho positivismo decimonónico, produciéndose incluso una cierta concordancia entre el positivismo historicista y ciertas formas del iusnaturalismo, al asumir ambos una misma actitud crítica dinamizadora de los datos empírico-positivos desde principios valorativos de carácter humanista, como se advierte, por ejemplo, en la preocupación que manifiestan ambas corrientes por la implantación y realización de los derechos humanos y libertades fundamentales en el mundo actual."

tante evolução em nosso tempo, o positivismo contemporâneo também mantém hoje posições doutrinárias que não teriam sido aceitas pelo velho e estreito positivismo oitocentista, chegando a produzir certa concordância entre o positivismo historicista e certas formas de naturalismo. assumindo a mesma atitude crítica que dinamiza os dados empírico-positivos de princípios valorativos de caráter humanista, como se verifica, por exemplo, na preocupação manifestada por ambas as correntes pela concretização e concretização dos direitos humanos e liberdades fundamentais no mundo atual.

Segundo Arnaldo Vasconcelos⁴³ as idéias de progresso de Direito Natural não são incompatíveis e conduzem à teoria da complementaridade necessária dos dois Direitos, o Positivo e o Natural. O que se exige do Direito Positivo é que seja estável, a fim de que cumpra satisfatoriamente uma de suas finalidades precípuas, qual seja à de propiciar ordem e segurança às relações sociais. No entanto, torna-se necessário, ao mesmo tempo, que ele se atualize constantemente, incorporado os fatos e os valores recentes trazidos pelo progresso social, assim contemplando as novas aspirações de justiça e de paz. É ao Direito positivo, portanto, que compete disponibilizar os meios legislativos ou judiciais para sua constante compatibilização com o ritmo do progresso social. Ao Direito Natural, tornando-lhe os princípios disponíveis, cabe fornecer-lhe as diretrizes desse ajuste. O que envelhece e se desatualiza são as normas de Direito Positivo, e não os princípios do Direito Natural. Cabe a cada época histórica, apenas atualizá-lo de acordo com os dados peculiares dos casos específicos e dos respectivos ideais de justiça.

Para Vicente Ráo⁴⁴ é o Direito Natural, portanto, um ditame da razão reta, que indica a conveniência ou inconveniência de cada ato, em relação à natureza racional e social do homem. Aquilo que convém a esta natureza é *justo*; injusto é o que lhe repugna.

Consoante preleciona Gustav Radbruch⁴⁵ a categoria direito justo é a única de que se deve atribuir um valor universal; não, porém, a cada uma das aplicações que se pode fazer. Certamente, a expressão Direito Natural,

⁴³ VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 1ª- edição. São Paulo: Malheiros, 1998, págs. 45 e 44.

⁴⁴ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 1º- volume. Reedição. São Paulo: Max Limonad, 1952, pág. 84.

⁴⁵ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução e prefácios: L. Cabral de Moncada. 5ª- edição. Coimbra: Arménio Amado-Editor, 1974, págs. 63 e 64.

pode ser utilizada para designar um conceito puramente categorial de um direito justo. Mas nesse caso não se deve deixar de separar, rigorosamente, a noção deste, como a de um “*direito natural de conteúdo variável*” (Stammler) ou de um “*direito cultural*”, da noção de um direito natural eterno e de conteúdo imutável, como a propugnava a escola racionalista.

Na efetividade dos Direitos Humanos, verifica-se a confluência do racional/científico (imaneente ao juspositivismo) em articulação com o ético/moral em favor da ideia de justiça (típico do jusnaturalismo).

Para Luís Roberto Barroso⁴⁶ o novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional. Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais.

A corrente atinente ao neoconstitucionalismo (constitucionalismo pós-positivista) concatena-se intrinsecamente ao pluralismo político, reconhecendo, assim, ao campo do político (no qual interagem atores políticos institucionais, organizações não governamentais e movimentos sociais) a maior extensão possível de autonomia para a tomada de decisões inovadoras, alternativas e criativas, estimulando, assim, a inclusão de grupos minoritários outrora excluídos dos processos decisórios, tomando como parâmetro uma hermenêutica fundada nos princípios.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 21 jun. 2020.

De acordo com Paulo Bonavides⁴⁷, o princípio na doutrina é o neopositivismo, a coluna por onde a Constituição sustenta a legitimidade; a regra, o positivismo clássico, dedutivista, de profunda rejeição ao jusnaturalismo. A regra se muda, a lei se revoga, o princípio se conserva.

O neoconstitucionalismo perpassa pelo fenômeno da judicialização da política (também denominado politização da justiça) e denota a intervenção decisória do Poder Judiciário capaz de afetar a conjuntura política nas democracias contemporâneas, por meio da hermenêutica que valoriza os Direitos Humanos e a dignidade da pessoa humana.

Conforme Lenio Luiz Streck⁴⁸ fica claro que o neoconstitucionalismo representa apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo- do *paleo-juspositivismo* (Ferrajoli), na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e, daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, a jurisprudência dos valores.

Na visão de Paulo Bonavides⁴⁹, a nova teoria material da Constituição, em substituição da velha teoria formalista, proclama a normatividade dos princípios, recoloca na ordem jurídica, doravante em primeiro grau de positividade, valores que o positivismo clássico havia menosprezado, e com esse menosprezo os mandara para o campo abstrato e metafísico do direito natural.

O pós-positivismo é apontado como o contexto epistemológico do desenvolvimento do neoconstitucionalismo, entretanto, não se abandona, ao contrário, se incrementa, uma das mais marcantes características do juspositivismo normativista, qual seja: a discricionariedade jurisdicional.

Para Arnaldo Vasconcelos⁵⁰ vinculando estreitamente a essência do jurídico à idéia de justiça, não poderia o Direito Natural fazer apelos, nem mesmo de modo circunstancial, ao recurso da força física. O princípio regulador é este: as noções de justiça e coação, dada sua contraditoriedade ontoaxiológica, são por natureza incompatíveis, uma expelindo a outra.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 10ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2015, pág. 560.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo* In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (organizadores) *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pág. 62.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 10ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2015, pág. 558.

⁵⁰ VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito e força: uma visão pluridimensional da coação jurídica*. São Paulo: Dialética, 2001, pág. 62.

Quando da égide do constitucionalismo clássico vigorava o paradigma do juspositivismo legalista-cartesiano que tinha por escopo atribuir ao hermeneuta uma tarefa mecânica, materializada na subsunção do fato à norma, como numa atividade lógico-dedutiva, em especial no tocante às regras de Direito Privado.

Assiste total razão a Arnaldo Vasconcelos⁵¹ ao dispor que o Direito Positivo vale, sobretudo, pelo valor *certeza*, que incorpora. Essa, a razão maior pela qual o Direito foi positivado, de início escrito. Mas, antes e depois disso, nunca deixou de aspirar, de modo prioritário, à realização do valor justiça.

Nesse contexto, verifica-se que os Direitos Humanos são dotados de historicidade. Não apenas determinada época ou contexto podem definir o instituto de forma reducionista e seccionada, demonstrando-se sua carga histórica e epistemológica.

O paradigma racional-cartesiano fundante do constitucionalismo clássico que estabelecia um padrão jurídico-hermenêutico estritamente legalista foi superado no contexto do neoconstitucionalismo, especialmente com a ascensão e fortalecimento dos direitos humanos.

A aliança epistemológica do jusnaturalismo ao juspositivismo tem trazido, dessa maneira, a segurança jurídica necessária para que os Direitos Humanos atinjam a sua plenitude.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A primazia dos direitos humanos consiste em realizar o cotejo detalhado entre os diversos matizes de que se revestem o Direito Natural e o Direito Positivo, revestindo-se da primariedade quando traz a lume a idéia de que existe uma relação de complementaridade de ambos, atrelados rumo ao valor maior e supremo de pretensão de universalidade.

O resgate dos valores atinentes à paz, à solidariedade, à liberdade, à igualdade, e, de modo especial, à justiça revelam uma relação simbiótica das declarações universais de direitos humanos, que, por seu turno retiram seu fundamento do direito natural em articulação epistêmica com o juspositivismo.

Os valores relativos ao Direito Natural representam, em suma, o contexto de interpretação com base axiológica ou de base para todo o sistema jurídico, a premissa de orientação para orientar e evolutiva da hermenêutica teleológica

⁵¹ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 6ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 107.

do constitucionalismo e o critério para medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema jurídico, como mecanismo apto a justificar em bases jurídicas a dignidade da pessoa humana.

A superação da concepção estanque de plena separação entre os valores consagrados pelo Direito Natural e pelo Direito Positivo conduz a uma reavaliação global das relações entre direito e filosofia que se traduz no reforço da revalorização do papel desempenhado pelo Direito Natural como agente primaz na verticalização e efetividade dos Direitos Humanos.

O esforço do Direito contemporâneo em criar sociedades mais justas e igualitárias centrou as atenções sobre o resgate dos valores ínsitos aos Direito Natural, bem como na sua plena concatenação com aqueles emanados do Direito Positivo, ao enfrentar os desafios que estão no porvir do pós-positivismo como contexto epistemológico de desenvolvimento dos Direitos Humanos no Neoconstitucionalismo.

A transformação permanece e toma como premissa as intervenções estatais para realizar os direitos fundamentais (emanados dos direitos naturais). Nos Estados avançados institucionalmente, uma grande parte da nova filosofia dos direitos fundamentais tem se concretizado na legislação positiva que reflete os anseios consagrados por um conceito inclusivo e participativo dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1.976**. 3ª- edição. Coimbra: Almedina, 2.006.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. Tradução: Sérgio Barth. 2ª- edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 21 jun. 2020.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Tradução e Notas: Márcio Pugliesi. 1ª- edição. São Paulo: Ícone, 2.006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2.006.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Tradução: António José Brandão. 5ª- edição. Coimbra: Arménio Amado-Editor, 1979.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale.** Nona edizione. Roma: Editori Laterza, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo. Debate sobre el derecho y La democracia.** Traducción: Andrea Greppi. Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta, 2.009.

KELSEN, Hans. **Normas jurídicas e análise lógica: correspondências trocadas entre os Srs. Hans Kelsen e Ulrich Klug.** Tradução: Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense, 1.984.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução: João Baptista Machado. 3ª- edição. Coimbra: Arménio Amado- Editor, Sucessor, 1.974.

MACHADO PAUPÉRIO, Artur. **Introdução axiológica ao Direito: apêndice à Introdução à ciência do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1.977.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Abertura e o tratamento prioritário dos Direitos Humanos na ordem jurídico-constitucional brasileira de 1988. In: Tainah Simões Sales; Ana Cecília Bezerra de Aguiar; Fernanda Castelo Branco Araújo; Hugo de Brito Machado Segundo. (Org.). **Direito Constitucional: os 25 anos da Constituição Federal de 1988. Homenagem do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.** 01ed.Fortaleza: Expressão, 2014, v. 01, p. 21-53.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Influxos do neoconstitucionalismo na descodificação, micronormatização e humanização do Direito Civil. **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO, UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**, v. 34, p. 313-353, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais.** 4ª- edição. Coimbra: Almedina, 2.008.

MOUCHET, Carlos. BECU, Ricardo Zorraquin. **Introducción al Derecho.** 7ª- edición. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1970.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica.** Tradução: Virgínia K. Pupi. 2ª- edição. São Paulo: Martins Fontes, 2.004.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales.** Novena Edición. Madrid: Tecnos, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique de. **Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica.** Décima edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2.011.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito.** Tradução e prefácios: L. Cabral de Moncada. 5ª- edição. Coimbra: Arménio Amado-Editor, 1974.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos. 1º- volume.** Reedição. São Paulo: Max Limonad, 1952.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia.** Tradução: Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª- edição. 8ª- Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

SICHES, Luis Recaséns. **Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”**. Ciudad del Mexico: Fondo de Cultura Económica Universidad Nacional Autónoma de México, 1.971.

STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo** In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (organizadores) **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito e força: uma visão pluridimensional da coação jurídica**. São Paulo: Dialética, 2001.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 1ª- edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 6ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria pura do Direito: repasse crítico de seus principais fundamentos**. 1ª- edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Jurídica. 2003.