



Revista Jurídica



JUSNATURALISMO E POSITIVISMO JURÍDICO: ATUAÇÃO E INFLUÊNCIA NOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

JUSNATURALISM AND LEGAL POSITIVISM: PERFORMANCE AND INFLUENCE ON HUMAN FUNDAMENTAL RIGHTS

Elizabeth Nantes Cavalcante

Pós doutora em Ética Robótica na Escola Politécnica, USP/SP. Doutora em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica, PUC/SP. Mestre em Direitos Humanos. Especialista em Direito das Relações de Consumo pela PUC/SP. Docente no Curso de Mestrado em Direitos Humanos. Advogada e Mediadora. E-mail: elizabethncavalcante@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5101430321635590>.

Jeferson Pedro da Costa

Mestrando em Direitos Fundamentais pelo Centro Universitário FIEO. Pós-graduado em Direito Constitucional; Empresarial; Condominial; Imobiliário e Notarial e Registral pela Faculdade Legale; Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito – EPD. Bacharel em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Advogado e Professor. E-mail: jeferson_pedrocosta@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2669493262603354>.

Resumo

O presente artigo tem o objetivo de abordar a temática atinente às escolas (ou correntes) jusfilosóficas do jusnaturalismo (ou Direito Natural) e o Juspositivismo (positivismo jurídico ou Direito Positivo) e a relação com os Direitos Humanos Fundamentais. Para tanto, serão abordados os conceitos, as respectivas posições doutrinárias, as formas de classificação dessas correntes e a correlação de ambas com os Direitos Fundamentais no pressuposto de que tanto o jusnaturalismo quanto o positivismo jurídico contribuíram de forma substancial para a construção dos Direitos Humanos Fundamentais, uma vez que ambas servem de embasamento jurídico e fático para a concretização de referidos Direitos, alternando apenas a fundamentação.

Palavras-chave: Jusnaturalismo; Positivismo jurídico; Filosofia do direito; Direitos Humanos Fundamentais; Justiça.

Abstract

This article aims to address the theme relating to the jus-philosophical schools (or currents) of jusnaturalism (or Natural Law) and Juspositivism (legal positivism or Positive Law) and the relationship with Fundamental Human Rights. To this end, the concepts, respective doctrinal positions, forms of classification of these currents and the correlation of both with Fundamental Rights will be addressed on the assumption that both jusnaturalism and legal positivism contributed substantially to the construction of Fundamental Human Rights, since both serve as a legal and factual basis for the implementation of said Rights, only alternating the basis.

Key words: Jusnaturalism; Legal positivism; Philosophy of law; Human Fundamental Rights; Justice.

1. INTRODUÇÃO

O Direito é uma ciência complexa, pois possui diversas correntes doutrinárias que buscam explicá-lo em suas mais variadas ramificações e perspectivas de análise. Dentre os diferentes contornos, emergem escolas que visam entender a sua origem, classificações, posição no mundo, dentre outras formas de se compreender o Direito como ciência. É factível conceber a ideia de que há pensadores que o verificam e compreendem o Direito de diversas formas, seja sob a ótica de sua origem e até mesmo o objeto de sua validade.

Para a Filosofia jurídica, dificilmente haverá consenso sobre a noção conceitual do que seja o Direito, a razão de sua existência, seu propósito, qual as relações de poder travadas no universo do Direito, para que serve, quais as funções sociais que desempenha, como é dimensionado, o papel da argumentação, como o Direito deve ser interpretado etc.

Como uma realidade social e devido a este elemento que o Direito insere, diversas são as tentativas de explicá-lo: de um lado, como fenômeno a ser escrutinado, e de outro, como uma realidade validada. Dessa forma, a ideia desse artigo é trazer uma breve reflexão a respeito das concepções do Direito, no exame sintético sobre algumas correntes de pensamento ocidentais que explicam o Direito e sua relação com os Direitos Humanos Fundamentais. O recorte eleito para a análise do Direito em suas bases jusfilosóficas é o jusnaturalismo e o positivismo.

Para tanto, de início parte-se da análise do “Direito Natural” ou simplesmente “Jusnaturalismo”. Em teoria, o Direito há de ser tratado como inerente à natureza do homem, contemplando a ideia da divindade como fator primordial da espécie humana, a qual esta deve obedecer.

Em contraposição à essa primeira corrente, surge a segunda grande teoria a se debruçar sobre o fenômeno jurídico: a Teoria Positivista. Essa teoria compreende o Direito como um conjunto de regramentos postos e codificados, que se popularizou como Direito Positivo, ou Positivismo Jurídico, ou até mesmo “Juspositivismo”.

Da análise dos ensinamentos de juristas e estudiosos do Direito é possível extrair formas diversas de entender e transmitir a compreensão de cada uma dessas correntes jusfilosóficas. Na sucessão dos capítulos, buscar-se-á apresentar cada uma delas de forma a entender os seus pontos mais elementares para contextualizá-los e relacioná-los com os Direitos Humanos Fundamentais de forma a verificar a contribuição dessas escolas na construção desses direitos.

A metodologia utilizada é de ordem teórica-bibliográfica realizada por meio do conhecimento lógico-dedutivo. Para isso, contou-se com o auxílio de textos científicos e obras doutrinárias.

2. JUSNATURALISMO

Thomas Hobbes (2012, p. 107) entendia o Direito Natural ou “*jus naturale*” como a “liberdade que cada homem tem de se utilizar de seu poder como bem lhe aprouver, para preservar sua própria natureza, isto é, sua vida”. Nesse sentido, a liberdade seria o arbítrio pautado no próprio animismo humano, não sujeito as intervenções de ordens externas. Para Thomas Hobbes, direito e lei não se confundem: aquele vincula-se a liberdade de agir ou de se omitir, enquanto este obriga o sujeito a agir ou deixar de fazê-lo. (HOBBS, 2012, p. 108).

Sabe-se que o ser humano tem por instinto a sobrevivência, daí o estado permanente de guerra. É no esforço para alcançar a paz que faz com que o indivíduo se utilize de todos o seu empenho para subsistir. Essa é a “lei fundamental da natureza”, segundo Thomas Hobbes. A segunda é a defesa por todos os meios possíveis. Da primeira lei decorre a renúncia de direitos para manutenção de ambas as leis (HOBBS, 2012, p.108). Assim:

Renunciar ao direito a algo é o mesmo que se privar da liberdade de negar a outro homem o benefício de seu direito à mesma coisa. Aquele que abandona ou renuncia a seu direito não dá a outro um direito que já não tivesse, pois, por natureza, não existe nada a que o homem não tenha direito; ele apenas se afasta do caminho alheio, não impondo obstáculos a que o outro goze de seu direito. Então, a consequência resultante da desistência de um direito é simplesmente a redução dos impedimentos ao uso do direito natural. (HOBBS, 2012, p. 108).

Dessa forma, verifica-se uma certa racionalidade conectiva do Direito Natural com o Direito Positivo: ambos partem do pressuposto ético de que a sobrevivência de um se equaliza na sobrevivência do outro. Essa é a ideia de Direito Natural em John Locke.

Eduardo C. B. Bittar assim instrui: “Para Locke, as leis naturais não são inatas (...)” já que “ (...) não se encontram expressas na mente humana (...)”. Portanto, estão na natureza e podem ser apreendidas pela razão (BITTAR, 2012, p. 289).

É de notar que o Jusnaturalismo clássico tem na natureza a fonte normativa do Direito. Nesse sentido, Pedro Talavera adverte que o Jusnaturalismo parte de dois princípios básicos: (i) existe uma natureza comum a todos os seres humanos, da qual se depreende os princípios básicos de justiça que devem reger as relações humanas; (ii) os princípios do Direito Natural devem informar e ser protegidos pelo Direito Positivo (TALAVERA, 2018, p. 109).

Manuel Atienza (2014, p. 326) corrobora essa última premissa com a seguinte posição:

O século XX conheceu muitos tipos de jusnaturalismo. O mais persistente foi o jusnaturalismo tradicional, escolástico ou neo-escolástico, que se caracteriza por sustentar a existência de determinados princípios absolutos e imutáveis (de Direito Natural), cujo respeito é condição necessária para que o Direito positivo exista ou possa considerar-se Direito válido. Esses princípios, por outro lado, não são uma criação humana, mas uma manifestação da razão e da vontade de Deus.

De acordo com Ricardo Maurício Freire Soares, o jusnaturalismo afigura-se como uma corrente jurisprudencial de fundamentação do direito justo que remonta às representações primitivas da ordem legal de origem divina, passando pelos sofistas, estoicos, padres da igreja, escolásticos, racionalistas dos séculos XVII e XVIII, até a filosofia do direito natural do século XX. (SOARES, 2019, p. 141).

Segundo Alexandre Grassano F. Gouveia o Direito tem como uma de suas naturezas as leis naturais, advindo com a criação da sociedade, como normas, consideradas divinas, pela qual os homens estariam subordinados. (GOUVEIA, 1998).

Estas manifestações dão o tom principal da concepção jusnaturalista. Ainda que não seja mandamental, esta filosofia está intimamente ligada ao teocentrismo, ou seja, um direito natural que advém da Divindade.

Reis Friede reforça a visão teológica do Direito Natural ao dizer que “a dimensão teológica é a marca que caracteriza o Jusnaturalismo na quadra medieval, através da qual se estabelece a fundamentação divina dos direitos naturais”. (FRIEDE, 2019, pp. 44-60).

Com efeito, essas manifestações dão o tom principal da concepção jusnaturalista clássica, ou seja, de inspiração teocêntrica e de matriz cristã.

Nessa toada, André de Carvalho Ramos afirma que o jusnaturalismo é uma “corrente do pensamento jurídico que defende a existência de um conjunto de normas vinculantes anterior e superior ao sistema de normas fixadas pelo Estado (direito posto)”. Para ele, na Idade Média, o jusnaturalismo foi incentivado pela visão religiosa de São Tomás de Aquino, para quem a *lex* humana deve obedecer a *lex naturalis*, fruto da razão divina, mas perceptível aos homens. (RAMOS, 2023, p. 46).

Para Tercio Sampaio Ferraz Jr. o jusnaturalismo “já havia cunhado, para o Direito, o conceito de sistema, o qual se resumia, basicamente, na noção de um conjunto de elementos ligados entre si pelas regras de dedução”. (FERRAZ, 2021, p. 137).

Numa dimensão mais humanista do Direito, John Finnis realiza uma visão bastante peculiar sobre o jusnaturalismo, classificando os direitos naturais na contemporaneidade como direitos humanos. (FINNIS, 2011, pp. 198-199). Nesse entendimento, John Finnis advoga que que todo o direito tem uma base moral (FINNIS, 2011, p. 25). De fato, o Direito Natural, permanente e imutável, pressupõe uma base ética que regula os comportamentos morais humanos.

Nas lições de Maria Helena Diniz, a lei natural “é imutável em seus primeiros princípios. O direito natural, imanente à natureza humana, independe do legislador humano”. (DINIZ, 2019, p. 16). Para ela, esta é a base do ordenamento como um todo, o seu alicerce, uma estrutura da qual todas as outras leis dela derivam. É possível conceber este fato quando ela afirma que “as demais normas, construídas pelos legisladores, são aplicações dos primeiros princípios naturais às contingências da vida, mas não são naturais, embora derivem do direito natural”. (DINIZ, 2019, p. 16).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao discorrer sobre as características do poder constituinte originário, destaca para a sujeição do Direito Natural em relação ao Direito Positivo, aduzindo que “os adeptos do jusnaturalismo o chamam de autônomo, para sublinhar

que, não limitado pelo direito positivo, o poder constituinte deve sujeitar-se ao direito natural”. (FERREIRA FILHO, 2022, p. 21).

Diante dessas concepções jusnaturalistas, é sintomático afirmar que a inspiração clássica se voltava a um Direito Natural vocacionado a viabilidade da vida prática, cujo fim buscado é a própria ação. Numa acepção mais contemporânea, a racionalidade edifica uma concepção mais científica e sistemática do Direito Natural, conforme aduz Pedro Tavalera (TALAVERA, 2018, p. 197):

El jusnaturalismo racionalista, debido a su concepción científica y sistemática del Derecho natural, lo concibe como um verdadero y auténtico ordenamento normativo que debería implantarse em cualquier sociedade convirtiéndose em Derecho positivo. (TALAVERA, 2018, p. 197)¹

O Jusnaturalismo abarcou diversas correntes de pensamento, entretanto, em todas elas se identifica um fator comum: uma ordem objetiva de valores que é inerente a natureza humana.

No âmbito do Direito Natural, na jurisprudência romana, na esteira da doutrina aristotélica, o Direito estabelece uma ordem social ideal que independe da ação humana. Cabe a Ciência do Direito (a jurisprudência) investigar, por mera indução racional, os elementos desse Direito Natural, os transformando em ditames legais. (TALAVERA, 2018, p. 113).

Na República de Platão verifica-se, nos diálogos de Sócrates com Polímarco, a questão da justiça, que é aventada pela sua caracterização, utilidade e virtude humana. Vê-se que na Grécia antiga, já se identificavam os primeiros passos do Direito Natural como uma ordem de valores.

Segundo Pedro Talavera, Platão estabelece uma estreita relação entre lei e justiça ao considerar a obediência a lei como uma exigência ética de justiça. Aristóteles, por sua vez, suscita os três elementos da vida jurídica: (i) o caráter intersubjetivo do Direito; (ii) seu fundamento racional ou saber prático e; (iii) a dimensão coercitiva da lei. (TALAVERA, 2018, p. 127).

¹ O jusnaturalismo racionalista, devido a sua concepção científica e sistemática do Direito natural, o concebe como um verdadeiro e autêntico ordenamento normativo que deveria se implantar em qualquer sociedade convertendo-se em Direito positivo. (Tradução livre).

Com efeito, em “A Política” Aristóteles suscita a justiça na medida da igualdade e afirma que ambas interessam à Filosofia Política; o bem em Política, para esse filósofo, é justiça. A justiça para Aristóteles é uma virtude social (ARISTÓTELES, 2012, p. 92-94).

Em Roma, o pensamento jusnaturalista baseia-se nas concepções filosóficas gregas. Para Sêneca, o estado de natureza é anterior a toda organização jurídica. Cícero, em relação a justiça, concebe a cognição plantonista como uma virtude total. Na síntese, a jurisprudência romana destaca-se pela racionalidade da práxis tendo em consideração os valores do jusnaturalismo, como a justiça e os postulados morais. (TALAVERA, 2018, pp. 137-144)

A concepção teológica de Santo Agostinho, nas palavras de Eduardo B. C. Bittar, mistifica o real “com base na interpretação das Escrituras”. A base teológica da justiça de Santo Agostinho é de influência platônica. Assim, de um lado tem-se a justiça humana cuja fonte basilar é a lei humana e a justiça divina, a que tudo governa, baseia-se na lei divina. (BITTAR, 2012, pp. 215-219).

No trato da justiça, Santo Tomás de Aquino, segundo Eduardo B. C. Bittar, entende que o justo e o injusto “situa-se no âmbito dos conceitos éticos”. Ambos interessam ao estudo do Direito e ao Direito interessa estudar a justiça; entretanto, “o que é justo por natureza não pode estar plenamente contido no direito. Nesse sentido, o direito não é a justiça, a maior das virtudes, mas busca a realização da justiça”. (BITTAR, 2012, pp. 257-259).

Na modernidade, John Locke admite uma convivência simultânea entre o estado da natureza e o estado civil; pois as leis da natureza não são inatas. Por estarem na natureza cabe ao ser humano conhecer essas leis fazendo uso da razão (BITTAR, 2012, p. 289).

Em Thomas Hobbes o estado de natureza inspira no ser humano o estado de guerra permanente. Para ele, as leis da natureza antecedem as leis positivas e as formalidades da justiça são necessárias para a liberdade humana (HOBBS, 2010, p.591).

O jusnaturalismo, como visto, estabeleceu a natureza como o elo aglutinador de todo o conhecimento humano para o intercâmbio necessário ao conhecimento entre o divino e o humano. O corte epistemológico do Jusnaturalismo para o positivismo ocorreu na modernidade. É na modernidade que o Direito se torna científico e a premissa adotada é a de que a ciência consistiria na mola propulsora do progresso e do domínio da natureza para o alcance do conhecimento em bases mais seguras e exatas.

É no conjunto de princípios do Direito Natural, numa ordem universal e imutável de valores, que se delineiam as aspirações liberais do positivismo, em busca da racionalidade e da cientificidade; no encaixamento dos postulados lógicos, formais e sistemáticos.

Feitos esses apontamentos, há de se fazer a devida ponte ao tema subsequente, qual seja, a escola do Direito Positivo, que ao contraponto do Direito Natural, compreende uma outra forma de compreensão do Direito.

3. POSITIVISMO JURÍDICO

Ao dissecar os pontos fundamentais da doutrina positivista, Norberto Bobbio lista, dentre eles, o modo de abordagem e de enfrentamento do Direito: “o positivismo jurídico responde a este problema considerando o *direito como um fato e não como um valor*.” Nessa premissa, cabe ao jurista ou ao estudioso investigar o Direito adotando uma atitude científica, na abstenção de juízos de valor, numa abordagem avaliativa.

Isso ocorre porque questões de ordem metafísica como a moral, a justiça, a verdade, não são requisitos essenciais para a construção do Direito, enquanto realidade factual. O Direito, no positivismo, pretende ser neutro. Hans Kelsen depura essa ideia ao definir a Teoria Pura do Direito como uma teoria do Direito Positivo. Como teoria, o Direito é Ciência Jurídica na qual o princípio metodológico essencial é libertá-la “de todos os elementos que lhe são estranhos” (KELSEN, 2009, p. 1).

É a rigorosidade de raciocínio e a objetividade na investigação e na elaboração do Direito que o tornam uma ciência cuja vocação é alcançar princípios e leis que o legitimam como um sistema de normas objetivadas e positivadas; essa é a razão da Teoria Positivista. Assim, toda concepção lógico-normativa atribuída por Hans Kelsen ao Positivismo repousa numa ordem hierárquica capitaneada por uma Lei Fundamental.

Para Miguel Reale, diferentemente da posição kelsiana, o Direito pressupõe uma *experiência fático-axiológica-normativa no postulado da razão prática jurídica* e, portanto, não bastando a adoção de uma visão lógico-normativa. Na visão realeana é a norma fundamental que torna possível a experiência do Direito. Dessa forma, as normas são processo e, portanto, inseparáveis dos fatos e “*dos valores ou fins que constituem a sua razão de ser*”. (REALE, 2001, pp. 194-197).

Esse raciocínio nos conduz a um outro problema (ou característica) colocado por Norberto Bobbio ao discorrer sobre o Positivismo, que é a definição do Direito. O juspositivismo define o Direito na consideração de que o seu elemento fundamental é a coação, ou seja, o Direito nasce coativo. (BOBBIO, 1995, p. 131).

Note-se que Joseph Raz, também estabelece a coerção no âmbito da normatividade do Direito, afirmando que “o direito tem por características mais importantes ser coercitivo, institucionalizado e normativo” (RAZ, 2012, p. 225), ou seja, como elemento comum a noção de Direito.

De fato, como bem sinaliza Norberto Bobbio, “No século XIX, a doutrina da natureza coercitiva do direito se torna patrimônio comum do pensamento jurídico”. Na mesma toada, assinala que a medida coativa estando presente em Austin quando define o Direito como ordem de comando, individualiza na sanção (BOBBIO, 1995, p. 153). Percebe-se, portanto, que a coação é inerente ao positivismo, pois o Estado, tanto autoriza como desautoriza os cidadãos, tendo o poder e a legitimidade para constrangê-lo a cumprir a lei.

Ao conceituar o positivismo, Paulo Dourado de Gusmão o define como um “sistema de normas vigentes, obrigatórias, aplicáveis coercitivamente por órgãos institucionalizados, tendo a forma de lei, de costume ou de tratado”. (GUSMÃO, 2014, p. 54).

No debate positivista, Robert Alexy aduz que “A polêmica acerca do conceito de direito é uma polêmica sobre o que é direito”. (ALEXY, 2011, p. 6). Assim, conquanto o Direito deva relacionar três elementos: legalidade, eficácia social e correção material, fato é que, para Robert Alexy, quem suprime a correção material por completo do Direito e focaliza apenas “a legalidade conforme o ordenamento e/ou a eficácia social chega a um conceito de direito puramente positivista” (ALEXY, 2011, p. 15).

Tais proposições convergem no sentido de admitir que com relação as diversas acepções adotadas no espectro do positivismo jurídico, surgem inúmeras variantes com muitas divergências entre os positivistas, contudo, o que é comum a todas elas, segundo Robert Alexy, “é apenas a tese da separação entre o direito e a moral.” A tese da separação e da vinculação explicam como o conceito do direito deve ser definido (ALEXY, 2011, p. 24).

É de notar que o positivismo jurídico se caracteriza pela contraposição ao Direito Natural, já que identifica o Direito com a lei. Como já assinalado, diferentemente ocorre com o Direito

Natural, haja vista que o Direito é resultante do estado de natureza ou, na linha teocêntrica, por inspiração divina

Nas palavras de Alysson Leandro Mascaro “São variados os pensamentos que se vinculam, de algum modo ou de outro, ao juspositivismo”. Assim identificam-se três grandes correntes de pensamentos juspositivistas e “sua compreensão se dá a partir da relevância que se dá à técnica normativa estatal, se parcial ou total”. (MASCARO, 2014, p. 321).

Consoante acima exposto, a primeira corrente pode ser chamada de *juspositivismo eclético*, fundado em razões extraestatais ou axiomas generalistas com vistas a fundamentar o Direito Positivo, justamente porque conecta a normatividade estatal a valorações sociais; tem em Miguel Reale a sua maior expressão, com o culturalismo jurídico (MASCARO, 2014, pp. 322-323).

No combate ao reducionismo promovido pelas explicações unilaterais ou reducionistas da lógica-normativa do Direito, o Culturalismo Jurídico, promovido por Miguel Reale, segue uma linha mais humanista; na evidência de que o Direito se contextualiza em ciclos culturais que constroem gerações como marcadores de sua evolução histórica. Assim, segundo a concepção positiva do Direito em Miguel Reale, há que se considerar o Direito em sua trajetória histórico-cultural, ou seja, “a vivência do Direito como cultura, como esforço humano de conquista e de preservação daquilo que se concebeu ou se sentiu valioso”. (REALE, 1999, p. 311).

No século XX ocorreu o ápice do juspositivismo estrito ou pleno com o aumento expressivo do uso exclusivo do sistema técnico-normativo do Direito. Esta corrente tem como maior pensador Hans Kelsen. (MASCARO, 2014, p. 322). Para tanto utiliza-se o raciocínio analítico, cuja objetividade obscurece toda e qualquer análise empírica, tornando o Direito redutível a norma.

Dessa forma, os juspositivistas estritos circunscrevem todo o Direito em limites normativos, ou seja, a norma é a única e exclusiva razão de ser do Direito. Nessa toada, a teoria kelseana imprime uma visão dualista do mundo (ser e dever-ser); a Ciência do Direito, portanto, situa-se no “dever-ser”.

Segundo Mario Losano, essa linha de pensamento trata o Direito como unitário, já que todo o ordenamento deriva de uma *única norma fundamental* pressuposta e não estatuída. Ademais, a obediência ao Direito decorre de sua validade. (LOSANO, 2010, p. 54).

No postulado do uso ético do Direito Positivo, surge uma outra corrente juspositivista que avança para além da normatividade. A depender de suas instituições e de suas diretrizes, o Direito passa a ser considerado como valioso a determinados valores éticos e sociais. Tal visão tem dominado as especulações desse tipo de Filosofia do Direito que é juspositivista, mas que avança para além da mera normatividade; em favor do uso ético do Direito Positivo.

Nessa corrente, também conhecida por pós-positivista, não se trabalha o Direito Positivo como mera técnica normativa, mas entende-se que ele é suscetível de se identificação com o ordenamento justo e moralmente adequado. Os principais nomes desta corrente juspositivista são Ronald Dworkin, John Rawls, Robert Alexy e Jürgen Habermas. (MASCARO, 2014, p. 322).

Ronald Dworkin defende que há uma ideia equivocada do Direito quando se privilegia as regras em detrimento dos princípios. O Direito, enquanto norma, não soluciona todos os casos concretos, notadamente aqueles difíceis. Nesse sentido, propõe que os princípios sejam adotados como padrões de alcance às exigências de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade, segundo ele. (DWORKIN, 2010, p. 36).

Percebe-se aqui a dimensão que Ronald Dworkin confere aos princípios, na reta razão de que eles são “tipos particulares de padrões”, diferentes das regras jurídicas, uma vez que podem atuar de maneira mais vigorosa nas questões judiciais de casos difíceis. (DWORKIN, 2010, p. 46).

John Rawls defende uma teoria de justiça como equidade, e esta deve estar presente nas instituições. Por instituições, entende-se o sistema público de normas que define cargos e funções, direitos e deveres, poderes e imunidades etc. A presunção, portanto, é a de que os princípios de justiça devem ser públicos: condição natural de uma teoria contratualista (RAWLS, 2008, p. 66-68).

Acredita-se que a principal contribuição de John Rawls para o positivismo repouse no fato de que, para ele, a justiça é a principal virtude das instituições sociais. Nesta análise, os autores defendem nesse artigo o postulado de que as instituições públicas são instituições

sociais que, por sua vez, elaboram, comandam e fiscalizam o Direito, nomeadamente os Direitos Fundamentais.

No tocante ao problema do que se define como sendo Direito, Robert Alexy considera que existam uma pluralidade de definições, cuja divisão ocorre em dois grupos: no plano da eficácia e no plano da normatização. Nesse sentido, o plano da eficácia orienta-se pelas teorias sociológicas e realistas do Direito, enquanto os conceitos de Direito orientados para a normatização são encontrados na teoria analítica do Direito, baseados na lógica da prática jurídica. (ALEXY, 2011, p. 17-20).

Já para a visão habermasiana, o Direito é “o *locus* privilegiado do agir comunicativo superior”, que garante a democracia, a liberdade e a igualdade entre os sujeitos e grupos sociais. Assim, “não há uma posição crítica transformadora e revolucionária ao direito”, já que Jürgen Habermas se propõe a objetivar o Direito no seguinte pressuposto ético comunicacional: a um só tempo tem-se “o agir democrático e uma amarração institucional de garantias”. (MASCARO, 2014, p. 366-367).

Em síntese, da análise das posições pós-positivistas, identifica-se uma forte tendência de estreitar a relação entre o Direito e a ética, nos postulados da moral ou da justiça. Isso se justifica, em tese, em razão das atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, legalizadas e validadas pelo ordenamento jurídico vigente na época tendo como paradigma o positivismo jurídico.

4. A INFLUÊNCIA DO JUSNATURALISMO E DO POSITIVISMO JURÍDICO NOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Humanos caracterizam-se como direitos básicos do ser humano. A reivindicação desses direitos referenda toda e qualquer proposta para uma organização social democrática. Esses direitos realizam as aspirações humanas de liberdade, igualdade e solidariedade invocadas no ápice do iluminismo, cujo movimento edificou as bases do constitucionalismo.

De início, vale tecer a diferença (se é que ela existe) entre as terminologias “direitos humanos”, “direitos do homem” e “direitos fundamentais”. Embora haja um ponto de convergência entre todas elas, qual seja, o fato de que elas preconizam direitos básicos e

elementares para cada indivíduo que vive em uma determinada sociedade, fato é que os direitos humanos só ganham significado quando saem do estado de natureza para o contexto da sociedade.

Os Direitos Humanos são inerentes à própria existência humana, em uma aproximação mais direta com o supracitado Direito Natural. Direitos esses que já nascem com o início da existência humana e, portanto, são inatos. Exemplos clássicos são o direito à vida, à liberdade e a à igualdade.

De acordo com J. J. Gomes Canotilho, o discurso da modernidade sobre os direitos do homem efetua a passagem do Direito Natural à teoria política assentando-se em duas ideias básicas: (i) “o momento subjetivo, típico do jusnaturalismo” (Direito Privado, no âmbito civil) e (ii) e a limitação recíproca das liberdades e por qual meio (âmbito do Direito Público, esfera estatal). Nesse segmento, esses dois postulados, de acordo com esse jurista, apontam para uma teoria liberal dos direitos do homem, uma vez que neles se encontram implícitas a primazia de “direitos inerentes ao livre desenvolvimento da “personalidade individual” e a concepção do Estado como entidade de garantia de direitos”. (CANOTILHO, 2003, p.17-18).

Por outro lado, é de notar que os Direitos Humanos inserem um conteúdo substancial sobre ética e justiça, como bem assevera Pedro Talavera: “*hoy día puede afirmarse que el contenido de la justicia consiste en el reconocimiento, respeto y protección de los derechos humanos.*”² (TALAVERA, 2018, p. 329-330).

Conquanto a universalidade desses direitos não encontre consenso na forma de interpretá-los ou fundamentá-los, fato é que eles inspiraram as cartas constitucionais dos países, de forma a positivá-los.

Lynn Hunt assinala que “A igualdade, a universalidade e o caráter natural dos direitos ganharam uma expressão política direta pela primeira vez na Declaração da Independência americana em 1776 e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.” (HUNT, 2009, p. 19).

Na definição do que se entende por Direitos Humanos, em apertada síntese seriam aqueles estabelecidos por tratados decorrentes do Direito Internacional. Os Direitos Fundamentais, por

² Hoje em dia pode-se afirmar que o conteúdo de justiça consiste no reconhecimento, respeito e proteção dos direitos fundamentais. (Tradução livre)

sua vez, seriam os direitos e garantias preconizados no bojo da Constituição de um determinado país. No caso do Estado Brasileiro, são aqueles notadamente previstos entre o artigo 5º e o artigo 17.

Contudo, há de se ressaltar o disposto no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que garante que os direitos e garantias expressos na Constituição, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. De toda forma, o rol de direitos e garantias fundamentais não se esgotam nos artigos acima mencionados (BRASIL, 2024).

Postula-se a ideia de que os direitos positivados somente o são pela razão única de nascerem no bojo da Escola do Direito Natural, pois que muitos deles são inerentes à natureza humana. Nesse contexto, as concepções jusnaturalistas pautaram as exigências normativas em razão de valores relativos à natureza humana, cujo imperativo ético e moral já forjava uma racionalidade prática para o exercício desses direitos.

A depender da escola jurídica que o intérprete da lei adotar resultará a influência em determinar quais desses direitos precedeu aos outros. Em sendo assim, seguindo o viés do Direito Natural, é forçoso reconhecer dele surgiram os primeiros imperativos morais a permear a própria existência humana.

Não se pode negar que o jusnaturalismo conforma a existência de uma ordem objetiva de valores ínsitos na natureza humana e, consiste, portanto, numa teoria ética de Direito em razão de princípios universalmente válidos e cognoscíveis, conforme adverte Pedro Talavera (TALAVERA, 2018, p. 110).

Pela ótica do Direito Positivo, é possível conceber que os Direitos Fundamentais surgem anteriormente aos Direitos Humanos, uma vez que o constitucionalismo (ideia de um documento que limita o poder do governante e garante direitos básicos) adveio primeiro do que a concepção internacionalista do Direito.

Ademais, convém ressaltar que na esteira do positivismo, as teorias dos Direitos Fundamentais forneceram o arcabouço interpretativo com vistas a fornecer uma compreensão lógica e abrangente em coerência com os preceitos constitucionais que versam sobre esses direitos. Conforme dispõe J. J. Gomes Canotilho:

(...)

As exigências de instrumentos de trabalho mais operacionais e “próximos da prática” conduzem a uma *teoria dogmática geral dos direitos fundamentais* que, no fundo, pretende fornecer as bases de uma metódica geral dos direitos positivamente constitucionalizados. (CANOTILHO, 2003, p. 1395-1396)

Os Direitos Humanos ganharam contorno internacional a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a servir de paradigma para a história dos direitos, tendo em vista a dignidade da pessoa humana. No seio positivista, o apego ao formalismo favoreceu o desrespeito e o desprezo pelos Direitos Humanos resultando em atos de barbárie em manifesta ofensa à consciência da humanidade.

Nesse sentido, o juspositivismo conferiu ao Estado a monopolização da produção legislativa comprometendo as exigências de uma racionalidade fincada nos valores objetivos da justiça. Consequentemente, o Direito abandona os referenciais de moralidade e justiça, valores tão caros ao Direito Natural.

Com a Declaração de 1948 reivindicam-se direitos para a humanidade na acepção de que a condição de moralidade e justiça estão impregnadas na célula identitária de todo e qualquer ser humano; como átomo estruturante da dignidade pessoal (UNICEF, 2024).

Não obstante, esses direitos terem sido declarados como universais, comumente verificasse a sua supressão. Embora positivá-los tenha possibilitado institucionalizá-los, a metanarrativa universalizante da Declaração de 1948 não teve o condão de reprimir a violação desses direitos.

Consoante as palavras de Lynn Hunt:

(...)

a declaração universal expressava um conjunto de aspirações em vez de uma realidade prontamente alcançável. Delineava um conjunto de obrigações morais para a comunidade mundial, mas não tinha nenhum mecanismo de imposição. (HUNT, 2009, p. 206).

De todo modo, não se pode negar que tanto o jusnaturalismo quanto o positivismo propiciaram uma trajetória história significativa na construção dos Direitos Humanos Fundamentais. Isso se deu em razão das justificativas que viabilizaram a positivação desses direitos nas demais Cartas Políticas Constitucionais dos países. Os direitos naturais, sob essa ótica, tornaram-se aplicáveis, de forma igualitária e universal a todos os seres humanos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Filosofia do Direito, em consonância com a Teoria Geral do Direito, apresenta as mais diversas formas de compreender e explicar as correntes jusfilosóficas acerca do que é o Direito, e, também, do que é a justiça.

Ao longo do tempo, os mais diversos jusfilósofos buscaram estudar e analisar sobre o que viriam a ser tais conceitos, e, notadamente, sua origem. Analisar e compreender as diversas correntes filosóficas relativas a construção do Direito, fenômeno onipresente e socialmente relevante em qualquer sociedade, foi substancial para compreender a edificação dos Direitos Humanos Fundamentais.

Da análise das diversas correntes científicas sobre o Direito, verificou-se a influência de uma sobre a outra da forma que uma não anula a outra, tendo em vista que as teorias são complementares.

O jusnaturalismo, longe de ser uma doutrina unitária, é de capital importância para a compreensão do positivismo, notadamente para o positivismo jurídico. Embora se postule que esse sistema tenha negado valor científico as concepções de ordem metafísica e de conteúdo ético, é de se admitir as contribuições do Direito Natural para conferir a almejada objetividade do Direito.

Em se tratando de Direitos Humanos, ambas as correntes, jusnaturalistas e positivistas, auxiliam na sua edificação, já que a construção dos Direitos Humanos Fundamentais ainda é uma obra inacabada. A tecnologia e o avanço das ciências comprovam esta assertiva. Novos direitos irão surgir e, por certo, no Direito Contemporâneo, não será apenas a racionalidade que tratará de segmentar os Direitos Humanos Fundamentais em sua objetivação. Na era das tecnologias disruptivas, a ética, de igual forma, será um elemento fundamental para solucionar problemas de ordem prático-moral.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução: Nestor Ferreira Chaves. São Paulo: La Fonte, 2012.

ATIENZA, Manuel. ATIENZA, Manuel. *O sentido do Direito*. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução: Márcio Pugliese.; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 mar 2024.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 42ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

FINNIS, John. *Natural Law & Natural Rights. Second Edition*. Oxford New York: University Express, 2011.

FRIEDE, Reis. *As vertentes do Jusnaturalismo e a atualidade da temática do Direito Natural*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. n. 40, pp. 44-60, Ago 2019.

GOUVEIA, Alexandre Grassano F. *Direito Natural e Direito Positivo*. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25045-25047-1-PB.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2024.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 46ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução: Rosina D'Ángina: consultor jurídico: Thélion de Magalhães. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

HUNT, Lynn. *A invenção dos Direitos Humanos*. Tradução: Rosaura Eichenber G. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito*. V. 2. Tradução: Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 10ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

RALWS, John. *Uma Teoria de Justiça*. Tradução: Jussara Simões. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

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

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ªed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Teoria geral do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TALAVERA, Pedro. *Filosofía Del Derecho. Hacia una comprensión integral del fenómeno jurídico*. 1ª ed. Santa Cruz de la Sierra: El País, 2018.

UNICEF. *DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 30 mar 2024.