

FONTES DO DIREITO: uma análise sob a perspectiva das teses do direito natural e do positivismo jurídico¹

*SOURCES OF LAW: an analysis from the perspective of the theses of
natural law and legal positivism*

Mariane Andrade SILVA²

Gabriel Henrique HADDAD³

RESUMO

O presente trabalho visa analisar o fundamento do direito nas concepções do direito natural e do positivismo jurídico, por meio do conceito de significação das fontes, busca-se a base do direito, considerada como o fundamento que transcende a ciência jurídica e se amplia para a filosofia do direito, isso se deve ao fato de que as fontes possuem a capacidade de representar tanto a expressão de algo quanto sua origem, podendo em determinados casos refletir princípios ou causas, ou até mesmo ambas as características simultaneamente. Além disso, o estudo pretende explorar a evolução do pensamento jurídico marcada pela diferenciação entre direito positivo e direito natural, cada um ressaltando, sob perspectivas distintas, os pilares da ordem moral e jurídica. Essa proposta visa sublinhar que o direito não deve ser reduzido apenas a uma manifestação de uma ordem imposta pela força social predominante, desprovido de critérios objetivos que limitem os caprichos daqueles que exercem tal força.

¹ O presente artigo sintetiza a pesquisa, realizada para o Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2023-2024) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

² Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Franca - FDF. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1865211479671257>. E-mail: marianeandradesilva98@gmail.com.

³ Docente colaborador na Faculdade de Direito de Franca. Docente no Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto e Docente na Anhanguera Educacional de Ribeirão Preto. Mestre em Linguística pela Universidade de Franca. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3121920756547211>. Email: gabriel.h.haddad@hotmail.com.

Palavras-chave: Fontes do Direito; Direito Natural; Positivismo Jurídico; Filosofia do Direito.

ABSTRACT

This work aims to analyze the foundation of law in the conceptions of natural law and legal positivism. Through the concept of the significance of sources, we seek the basis of law, considered as the foundation that transcends legal science and extends to the philosophy of law. This is due to the fact that sources have the ability to represent both the expression of something and its origin, and in certain cases may reflect principles or causes, or even both characteristics simultaneously. In addition, the study intends to explore the evolution of legal thought marked by the differentiation between positive law and natural law, each emphasizing, from different perspectives, the pillars of the moral and legal order. This proposal aims to emphasize that law should not be reduced to a mere manifestation of an order imposed by the predominant social force, devoid of objective criteria that limit the whims of those who exercise such force.

Keywords: Sources of Law; Natural Law; Legal Positivism; Philosophy of Law.

1 INTRODUÇÃO

A discussão da dicotomia entre direito natural e direito positivo é, ainda na contemporaneidade, uma das mais prementes das Ciências Jurídicas, com diversas transformações teóricas, como no atual embate entre pós-positivismo e a evolução do pensamento jusnatural para o século XXI, baseado na obra de John Finnis.

A presente pesquisa ancora-se em tais debates para estudar sobre a aplicação das fontes do direito, as quais, no ordenamento jurídico brasileiro estão positivadas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, legislação que regula toda a base das relações jurídicas brasileiras.

A justificativa para tal escolha baseia-se em que as controvérsias em relação à aplicação dessas fontes têm sido frequentes, levando à valorização excessiva de uma em detrimento das outras, criando por vezes um entendimento distorcido, como o do legalismo estrito. Nesse sentido, o direito fundamenta-se em diversas fontes que o legitimam. Entre essas fontes, destaca-se a lei positiva sem a exclusão do direito natural, que confere um objetivo justo à questão em análise. Para isso, o caráter imperativo da lei não deve eliminar a possibilidade de análise das outras fontes.

Quando se concebe a ideia de fonte, é natural ter em mente a origem, a causa primeira de algo, que por sua vez, irá transmitir e formar uma base para a construção do todo a que se pretende organizar. De tal forma que um dos temas amplamente debatidos por juristas e demais

intelectuais, ao longo dos séculos, tem sido a relação entre a sociedade e o Estado na formação do Direito, o que resultou na caracterização das fontes como conhecemos hoje: lei, costume, jurisprudência e princípios gerais do direito.

Assim, o artigo tem como objetivo geral analisar as características do direito natural e do direito positivo, como forma de compreender a aplicação das fontes do direito e evitar interpretações unilaterais e excessivamente legalistas.

De outro modo, os objetivos específicos abordam as diferentes perspectivas do direito positivo e do direito natural, enquanto fundamento da ordem jurídica, bem como a exploração desses conceitos.

Para a consecução desses objetivos, procedeu-se à revisão bibliográfica delimitada no marco teórico, isto é, a dicotomia entre direito natural e direito positivo, valendo-se das contribuições teóricas de diversos autores ao longo da história. Os materiais utilizados foram a consulta a livros, artigos científicos, capítulo de livros, entre outros, escritos primariamente no português.

Para tanto, o trabalho dividiu-se em três partes. A primeira, abordou-se as fontes do direito enquanto instrumento para a aplicação do direito, não apenas em caráter formal, como também, real. A segunda parte, situou-se nas duas visões, de direito natural e de direito positivo, comparando-as e diferenciando-as, cada qual sob seu aspecto particular. E por fim, a última parte, trouxe as perspectivas do fundamento objetivo da ordem moral e jurídica, para ambas teorias.

2. FONTES DO DIREITO ENQUANTO INSTRUMENTO PARA APLICAÇÃO DO DIREITO

Hoje, tal como são conhecidas, as fontes do direito dividem-se em: lei, costume, jurisprudência e princípios gerais do direito. Colocação essa disposta pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, quando verificada a omissão pela lei em um dado caso.

A princípio, entende-se por fontes do direito todas as circunstâncias que exercem influência sobre o entendimento dos valores tutelados por um sistema jurídico. Elas podem ser classificadas em duas ramificações, fontes primárias ou imediatas referentes a lei e aos costumes

e as fontes secundárias ou indiretas nas quais encaixam-se a jurisprudência e os princípios gerais de direito.

A primeira entre as fontes primárias, dotada de atributos específicos que definem e constituem como lei, apresenta a “regra geral de Direito, abstrata e permanente, com sanção, expressa pela vontade de autoridade competente, de cunho obrigatório e forma escrita” (Venosa, 2006, p. 11).

A partir daí, pode se estender outras subdivisões para as fontes, desmembrando e classificando-a conforme a extensão territorial ou origem, como em leis federais, estaduais ou municipais; quanto à duração, de caráter permanente ou temporário; de alcance geral, especial que é formulada para atender a necessidade de regulamentação de assuntos próprios, e ainda as leis de alcance singular, atingindo determinada situação concreta, como por exemplo, é o caso da elaboração de um decreto.

Logo após, não raro, no processo de criação das normas, situa-se os costumes que tiveram especial influência no direito, mostrando sua relevância no ordenamento jurídico. A prática espontânea e reiterada de uma conduta leva ao costume, espelhando um modelo para fatos posteriores, o que com o tempo sua força pode ser incorporada em lei escrita, revestindo-se de coercitividade e de perfil impositivo.

Dessa maneira, os costumes integram, o que se chama de direito consuetudinário, formado, essencialmente pelos costumes. É possível que como sendo uma forma de expressão do direito, seja considerado pelo julgador no ato de solucionar conflitos.

Em sequência, a jurisprudência pode ser compreendida com um conjunto de decisões reiteradas dos tribunais sobre determinada matéria, estruturada pela argumentação jurídica em relação à interpretação da lei.

Orientam, portanto, a interpretação da norma na complexa fase a ser ponderada e à interpretação adotada como válida no âmbito da argumentação justificativa, tal como, na motivação da sentença. Em outras palavras, a decisão relativa a um caso particular que no contexto da interpretação judicial do direito, pode servir de regra aplicável também a outros casos semelhantes.

Por último, a ideia de princípio, está estreitamente ligada à aceção de início ou ponto de partida. Trata-se da base, o fundamento de alguma coisa, como bem delineado pelo professor José Roberto Marques:

Os princípios, em Direito, não têm outro sentido. São proposições, orientações que fundamentarão [...] São premissas das quais dele depende para se estruturar. Deles devem derivar toda legislação, pois a vinculam.

Eles são enunciações que precedem a própria existência das normas, cuja produção deve atendê-los; dão sustentação ao sistema e permitem a determinação do sentido e alcance das expressões utilizadas pelo legislador. Dessa forma, desrespeitá-los é muito mais que desrespeitar a própria norma. Constituem a base, o alicerce do sistema jurídico, e tudo deverá estar erigido segundo suas indicações. A verdadeira construção jurídica é feita a partir deles, que a suportam.

Eles regem o desenvolvimento, a evolução do Direito, e têm, por sua vez, origem nos anseios e necessidades de um povo, que os elege para servir de base para as etapas seguindo processo de produção legislativa. Assim, estão ajustados à sua cultura e refletem, também, a situação econômico-social e cultural desse povo. (Marques, 2010, p. 36)

Nesse contexto, os princípios gerais do direito, conferem o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam, exercem uma função importante diante das outras fontes, uma vez que, além de incidir como regra de aplicação no caso prático, eles também influenciam na produção das demais fontes do Direito.

Para Canotilho (1999, p. 202), três são as funções centrais dos princípios: impedir o surgimento de regras que lhe sejam contrárias, compatibilizar a interpretação das regras e dirimir diretamente o caso concreto frente à ausência de outras regras.

Ademais, vale a pena ressaltar a divisão feita por José Pedro Galvão de Souza (2022, p. 93-94) acerca das significações das fontes do direito.

A primeira delas, em seu sentido técnico-jurídico está a lei, o costume, a jurisprudência e os princípios gerais do direito, mencionando que o direito pode ser visto como um fato social, ou seja, pelo

questionamento de onde vem a norma em meio aos diversos eventos como: mudanças econômicas, movimentos políticos, ideologias persuasivas, ações de grupos de pressão, entre outros. Essa abordagem é conhecida como fontes materiais ou reais, pois fornecem a base para a norma, que é a fonte formal ao lidar com aspectos concretos da realidade social que dão substância às leis.

Logo mais, destaca a segunda significação de fonte, o fundamento do direito, como sendo o alicerce do direito que transcende da área da ciência jurídica para a filosofia do direito, visto que as fontes têm o poder de representar a expressão de algo ou sua criação, sendo em alguns casos o princípio ou a causa, ou ambas características.

Elas são as diferentes formas pelas quais a norma jurídica se manifesta, sendo imposta coercitivamente por meio dos métodos técnicos específicos do direito vigente; ou ainda a autoridade que a criou, ou o ato que gerou a norma. Em um sentido mais profundo, fonte também significa a justificativa racional da regra de direito, seu fundamento superior, uma perspectiva que guia do direito positivo para o direito natural.

A terceira seria as fontes históricas, segundo as quais é possível rastrear a origem das instituições jurídicas contemporâneas, identificando a época, o local e os motivos que levaram à sua criação, como por exemplo, o direito romano. E por fim, as fontes literárias, definidas por ele, como sendo os órgãos oficiais onde são publicadas as leis.

À vista disso, vale lembrar que as fontes do direito estão sob a dependência de alguém dotado de “um poder de decidir”, o qual opta entre as várias alternativas que o caso oferece para então aplicar seus efeitos *erga omnes* ou *inter partes*. Essa denominação posta pelo jurista Miguel Reale (1994, p. 28), de que tal “poder” é um elemento essencial e consubstancial ao conceito de fontes, que segundo ele, estas se diversificam em quantas forem as modalidades ou tipos das formas do poder de decidir na experiência social.

Como aborda o autor, um dos pontos controversos, e talvez o principal, no que toca ao processo de instituição das normas jurídicas, é o dilema entre o problema da significação e o da eficácia ou aplicação da norma. No que diz respeito a primeira, ela abrange o sentido, a aceção por trás da normativa legal, enquanto a segunda, preocupa-se com a estrutura da lei que processa e formaliza, atribuindo validade objetiva.

Para tanto, assinala que, para efeitos de estudo de fonte do direito, esta somente pode ser formal, uma vez que “representa sempre uma estrutura normativa que processa e formaliza, conferindo-lhes validade

objetiva”, deslocando a competência do estudo do que seria fonte material para à Política do Direito.

Com efeito, a ciência do direito não deve se afastar da justa aplicação da norma, no que toca aos aspectos procedimentais de formação da lei, e a adequação do fato a ela, entretanto, algumas matérias, por sua complexidade, fazem com que a interação com outros campos disciplinares seja indispensável, o que não compromete sua eficácia.

Nesse viés, o professor Orlando Villas Bôas Filho (2019) ressalta que ao abordarem a possibilidade de uma abertura interdisciplinar realista, alguns autores enfatizam a importância de os juristas utilizarem estudos provenientes da antropologia, filosofia, história, ciência política e sociologia para enriquecer sua própria visão sobre a regulação jurídica. Eles salientam, no entanto, que essa integração não significa que os juristas devem realizar estudos mais aprofundados em cada uma dessas disciplinas. Assim, aproveitar contribuições de outras áreas não significa se tornar antropólogo, economista, filósofo, historiador, cientista político ou sociólogo, mas sim adotar uma abordagem que, beneficiada pela interdisciplinaridade, possa proporcionar uma compreensão mais sólida da regulação jurídica.

Outrossim, o homem dispõe de diversos meios para avançar na descoberta da verdade, o que torna sua existência cada vez mais humana. Entre esses meios, destaca-se a filosofia, que tem a missão de explorar o sentido da vida e apresentar possíveis respostas, sendo por isso uma das mais nobres tarefas da humanidade.

A palavra filosofia tem origem no grego e significa "amor à sabedoria". A filosofia teve início quando o homem começou a questionar o motivo e o propósito das coisas, evidenciando que o anseio pela verdade faz parte da essência do ser humano. Indagar sobre a razão das coisas é inerente à sua natureza racional, mesmo que as respostas fornecidas gradualmente se enquadrem em um contexto que destaca a complementaridade das diversas culturas em que o homem está inserido.

Com efeito, cada grupo humano carrega consigo sua sabedoria intrínseca, que se desenvolve e se transforma em filosofias genuínas, enriquecendo as diferentes culturas. A comprovação disso reside na presença essencial de conhecimento filosófico fundamental, que mantém sua relevância até os dias atuais e que influencia os princípios presentes em diversas leis nacionais e internacionais que regem a convivência social.

Em resumo, ao estabelecer o fundamento, as fontes do direito, fornecem a estrutura jurídica a partir da qual esta se ergue. Elas guiam a

progressão, a transformação do direito, nascendo dos anseios e demandas de uma sociedade que as escolhe como alicerce para as fases subseqüentes do processo legislativo. Dessa forma, estão em sintonia com a sua cultura e refletem, igualmente, a realidade econômica, social e cultural desse grupo.

3. O POSITIVISMO JURÍDICO E O DIREITO NATURAL

Para compreender o significado do positivismo jurídico é fundamental esclarecer o que se entende por direito positivo, expressão essa entendida por Norberto Bobbio (2022), de maneira específica, como aquele que é instituído pelo poder soberano do Estado por meio de normas gerais e abstratas, ou seja, como lei. Assim, o positivismo jurídico surge como uma resposta histórica à necessidade de legislar, concretizando-se quando a lei se torna a única fonte ou a principal do direito, culminando na codificação.

Uma observação inicial do autor destaca que toda a trajetória do pensamento jurídico ocidental é marcada pela distinção entre “direito positivo” e “direito natural”. Nesse contexto, o *jus gentium* e o *jus civile* correspondem a essa diferenciação proposta por ele, uma vez que o primeiro se relaciona à natureza, enquanto o segundo diz respeito às normas estabelecidas pelo povo. Da distinção mencionada, resulta dois critérios para separar o direito positivo (*jus civile*) do direito natural (*jus gentium*): a) o primeiro se aplica a uma sociedade específica, enquanto o segundo é universal; b) o primeiro é criado pela vontade do povo, já o segundo é derivado da razão humana.

Derivado do latim a palavra direito tem sua correspondência no vocábulo *ius*, chamada pelos antigos de *iustum* (o justo objetivo), *lex* (a norma de direito), *licitum* e *potestas* (direito subjetivo) e *iurisprudencia* (ciência do direito), tais expressões denotam significados diferentes, mas que relacionam entre si.

Apoiado nos pensadores do mundo clássico acerca da visão da existência do direito natural, foi um dos pontos amplamente discutidos por intelectuais do período medieval, e mais tarde, controvérsias relativas a ele surgiram, tendentes a molificá-lo em sua gênese ou abolindo-o por completo.

Tal perspectiva foi sentida, mais precisamente com a chegada das ciências experimentais, as quais delimitavam o objeto do estudo pelo crivo do método positivo, excluindo ou conferindo menor valor aos demais. Permeado nesse fascínio, os estudos e as abstrações dos Tratados já não satisfaziam, tendendo a esquecer o conceito objetivo de direito natural.

É notório que são as leis que estabelecem o que é justo e determina os direitos subjetivos, contudo, as leis não podem ser feitas pelo legislador de arbitrariamente, contrariando o justo objetivo. Daí decorre uma lei anterior e superior as demais, denominada de lei natural.

Na obra “Ética a Nicomaco”, Aristóteles (2009) discorre sobre existência do justo por natureza do justo por lei. Nesse mesmo pensamento elencava os mestres da jurisprudência em Roma sobre além do direito próprio de cada Estado existia um direito derivado da natureza humana, e por isso mesmo, universal.

A melhor definição, talvez, do que seja a lei fundamental, tenha sido a dada por Cícero, no livro “Da República”, dispensada a todos, constante e eterna:

Há uma certa lei verdadeira, a reta razão, congruente com a natureza, difusa em todos, constante e eterna; uma lei que designa o trabalho a ser realizado, e que detém o delito a ser proibido, ainda que nem mande nem proíba os bons, nem tampouco mova os maus a serem mandados ou proibidos. Não é lícito ab-rogar-se tal lei, nem em nada alterá-la; não podemos ser eximidos dessa lei nem pelo senado, nem pelo povo, nem necessita ela Sexto Aurélio como expositor ou intérprete, e nem é ela de um modo em Roma, outro em Atenas, ou agora de uma maneira, e depois de outra. Pelo contrário: uma só lei eterna e imutável abrange todas as nações de todos os tempos, havendo um só Deus como mestre e imperador de todos. É Ele o criador, juiz e dispensador de tal lei. Quem a Ele não obedece, foge enfeitado de sua natureza humana, e por esta mesma causa padecerá as máximas penas, ainda que escape dos demais suplícios que se possa imaginar. (Cícero, 1999, p.22)

E por ser conforme a natureza humana, é racional. Provém, dessa maneira, a lei natural da natureza racional do homem.

Em paralelo, com as substâncias e os organismos vivos, preceitua Galvão de Sousa (2022) que estes obedecem às leis físicas e se sujeitam a elas. Do mesmo modo, é suscetível, a essas leis o homem, vivendo no mundo material e tendo um organismo, mas que seu elemento intrínseco é a razão. Logo, há uma lei natural especificamente humana, de essência racional e, portanto, moral.

Considerando que a lei natural é universal e permanente, assim o são as suas leis. Entretanto, essa lei imutável designa os primeiros princípios da moralidade, variando sua aplicação de acordo com as circunstâncias do ambiente, da época e do indivíduo. Disso, pode-se concluir que o direito natural é fundamentalmente moral e que seus princípios permanecem os mesmos, na medida em que se aproximam do direito natural, no sentido estrito.

É essencialmente moral, pois toda lei se ordena para um bem, a qual designa o que é preciso fazer, o que é proibido ou é permitido. Com vistas ao bem da natureza humana, a lei natural não tem em si um caráter abstrato, mas, por intermédio do conhecimento experimental com relação as circunstâncias reais em que vive o homem, identifica o que há de permanente e variável nele.

Nesse sentido, a palavra natureza não corresponde ao primitivo, e sim a essência do ser, o que por sua vez, a essência do homem está sujeita a razão. A lei natural, então confere a pessoa humana direitos que dizem respeito a sua natureza, por conseguinte, a sua reta razão, como o direito à vida, a propriedade.

Tais direitos, todavia, devem ser exercidos na ordem social, da qual decorre também uma inclinação da natureza do ser humano. As exigências da vida em sociedade exigem uma regulamentação desses direitos, pois devem os indivíduos sujeitar-se as regras estabelecidas, o que é conferido pela lei positiva, determinando concretamente os preceitos da lei natural.

Entre os princípios da moralidade, está o primeiro princípio da natureza, que contém todos os outros: deve-se fazer o bem e evitar o mal. Como já mencionado a lei natural direciona os atos humanos para o bem humano, o qual está alinhado com as inclinações naturais do indivíduo. Ao seguir a ordem dessas inclinações, depara-se com diversas diretrizes da lei natural que especificam a noção geral de que o bem humano deve ser feito.

Galvão de Sousa (2022) exemplifica que é possível derivar conclusões mais específicas a partir dessas diretrizes, por exemplo, a tendência natural do ser humano é preservar a própria vida, disso decorre

o direito à propriedade conforme a lei natural, uma vez que a vida humana não pode ser sustentada sem que o homem exerça domínio sobre os recursos naturais, a fim de utilizá-los para suprir suas necessidades pessoais.

Em suma, todas essas conclusões convergem para o princípio de que o bem deve ser promovido e o mal evitado. Este princípio é de extrema importância e de clareza óbvia, buscar o próprio bem implica, para o ser humano, viver de forma racional, ou seja, preservar racionalmente a própria vida, a vida da espécie e a ordem social.

Mais adiante, o referido autor confronta as novas direções do pensamento advindas após a tradição formada pelos filósofos gregos, os juristas romanos e durante a Idade Média, pelos diversos sistemas de direito natural construídas a partir do século XVIII.

Dentro desses sistemas há várias interseções, porém não é possível resumi-los a princípios comuns, como se faz com o direito natural clássico, inferindo que a filosofia jurídica contemporânea não foge à característica predominante do pensamento moderno, a falta de continuidade. Assim, o direito natural surge como um conjunto de regras que devem servir de referência às leis estabelecidas. Além disso, os direitos subjetivos naturais são enfatizados, com a afirmação do princípio da autonomia da vontade que teve influência significativa em todo o direito moderno.

Dessa forma, ao comparar o direito natural clássico aos diversos sistemas de direito natural construídos, em sua maioria, por autores racionalistas e individualistas, a ênfase em oposição ao direito natural clássico é destacada.

Este último baseia-se em: a) primeiros princípios da moralidade, cujas aplicações supõem um conhecimento objetivo e prático da natureza humana. Caráter permanente e variável do direito natural, a depender se trate dos primeiros princípios ou de suas aplicações; b) o fundamento do direito positivo; e, c) a primazia da lei natural, fundamento objetivo do direito. Em contrapartida a aquele: a) um sistema abrangente, universal e imutável, derivado de uma concepção abstrata da natureza humana; b) o ideal do direito positivo; e, c) a prevalência dos direitos naturais subjetivos.

4. O FUNDAMENTO OBJETIVO DA ORDEM MORAL E JURÍDICA

Se de um lado o direito natural se identifica como fundamento objetivo do direito, de outro, o positivismo jurídico ampara-se na norma fundamental como base para a validade de todas as normas dentro da mesma ordem normativa.

À vista disso, Galvão de Sousa (2022) retrata algumas perguntas sobre essa base estruturante do direito: Como se pode organizar ações visando um objetivo sem ter conhecimento desse objetivo e dos meios necessários para alcançá-lo? O acaso e a intuição não fornecem explicações, uma vez que a ordem implica que os meios devem ser justificados pelo fim e é a razão que compreende o propósito das coisas. Como se pode afirmar que um ser age de determinada forma de acordo com sua natureza, sem antes conhecer essa natureza?

Em seguida pontua que o princípio que ordena deve, portanto, abranger em sua compreensão tanto a razão dos fins e dos meios quanto das razões formais dos seres naturais, ele é, assim, a causa eficiente e também a causa formal exemplar de tudo que existe. Existe, portanto, uma lei eterna que se revela no universo por meio das leis físicas, biológicas e da lei moral. Os diferentes seres da natureza estão sob a égide dessa lei, cada um de acordo com sua própria essência. Os seres corpóreos, em seus movimentos, obedecem a essa lei de maneira estritamente física, enquanto os seres espirituais, através da inteligência e da liberdade de suas ações, observam com uma necessidade moral, e não física. Assim, o ser humano, esse extraordinário “microssomo”, constituído por uma alma espiritual e com um corpo orgânico, está, e, por meio de sua vontade livre, sujeito à lei moral.

É por essa razão que toda filosofia do direito deve ir além de uma abordagem meramente teórica geral que rejeita a possibilidade de investigar as bases da ordem jurídica. Deve, na verdade, ser uma busca pelas razões que fundamentam o direito. A compreensão da ordem jurídica e da ordem moral é impossível sem se considerar a lei eterna, mesmo que se negue a existência de uma obrigação moral, entendida como moral sem sanção, e se atribua à obrigação jurídica apenas as sanções impostas pelo poder público, sem que o legislador se submeta a um critério objetivo e superior de justiça, a questão permanece.

A ideia de uma autonomia total da vontade, considerada como única regra da moralidade, assim como a vontade do legislador sendo visto

como o princípio do direito, refletem uma força inerente ao universo, que poderia ser interpretada como princípio universal da ordem. Um exemplo é a visão de Spinoza (2003) em sua teoria do direito natural com um fundamento panteísta, que se mostra mais coerente do que a perspectiva dos defensores de um direito natural que é exclusivamente humano e desvinculado da lei eterna.

De fato, ou existe uma justiça natural ou não. Se há uma justiça natural objetiva que os legisladores devem reconhecer, isso implica a existência de um direito natural, visto que a justiça não se concretiza sem o direito, que é seu fundamento, configurando uma ordem jurídica natural.

A ordem natural, seja no âmbito físico, moral ou jurídico, pressupõe a existência de uma lei eterna, ou seja, uma disposição divina, já que não pode surgir do acaso. Caso não haja uma justiça natural objetiva que obrigue o legislador a segui-la, o direito se torna uma mera expressão arbitrária do poder dominante na sociedade. Entretanto, isso implica a presença de uma justiça natural subjetiva, sendo “natural”, porque na ausência de um critério objetivo de justiça, é coerente com a ordem natural das coisas que os legisladores utilizem sua vontade como a única fonte de direito e justiça.

Por outro lado, sob a perspectiva do direito positivo, elenca o jurista e filósofo austríaco, Hans Kelsen (2006), três questionamentos referentes ao fundamento de validade de uma ordem normativa que orientam o comportamento humano: Qual é a base que sustenta a unidade de um conjunto de normas? Por que uma norma específica pertence a uma certa ordem? Essas questões estão intrinsecamente ligadas a outra: Por que uma norma possui validade, qual é o seu fundamento para ser reconhecida como válida?

Para todas essas indagações responde – a partir da afirmação de que uma norma relativa ao comportamento de um indivíduo vale – significa que ela impõe obrigação que o indivíduo deve agir conforme o que a norma prescreve. A razão pela qual a norma é válida, ou seja, por que o indivíduo deve se comportar de determinada maneira, não pode ser explicada apenas pela constatação de um fato existente, pois a validade de uma norma não pode estar baseada somente em um fato.

O fato de algo ser não implica que algo deva ser, assim como o fato de algo dever ser não implica que algo é. A validade de uma norma depende exclusivamente da validade de outra norma. Denomina-se de norma superior àquela que serve como base para a validade de outra, em contraste com a norma inferior que se submete a ela.

O simples fato de alguém dar uma ordem não é suficiente para que tal comando seja considerado válido, em outras palavras, para que a norma correspondente seja efetiva para aqueles a quem é destinada. Somente uma autoridade competente tem o poder de estabelecer normas válidas, e essa competência só pode ser fundamentada em uma norma que conceda autoridade para estabelecer normas válidas, tanto que a autoridade com poder legislativo quanto os indivíduos que devem obedecer às normas por ela estabelecidas estão sujeitos a essa norma.

A norma que serve como base para a validade de outra norma é considerada superior a esta última. No entanto, a busca pela fundamentação da validade de uma regra não pode se perder no interminável, assim como na investigação de um efeito específico.

Deve chegar a uma norma que é assumida como a última e mais elevada. Por ser a norma superior, é assumida com pressuposta, visto que não pode ser estabelecida por uma autoridade, cuja competência teria que se basear em uma norma ainda mais elevada, sua validade não pode mais ser derivada de uma norma superior, e o fundamento de sua validade não pode ser mais questionado. Essa norma, tida como a mais elevada, é chamada de norma fundamental.

Assim, um sistema de normas, também conhecido como ordem normativa, composto por todas as normas cuja validade pode ser rastreada até uma única norma fundamental. Essa norma fundamental é responsável pela validade de todas as normas dentro da mesma ordem normativa, servindo com base comum.

A pertinência de uma norma a uma determinada ordem normativa está assentada no fato de que sua validade última vem da norma fundamental dessa ordem. É a norma fundamental que dá coesão a diversas normas, sendo o alicerce da validade de todas as normas que fazem parte dessa ordem normativa.

A concepção de Kelsen (2006), compara a norma fundamental, ao topo de um sistema escalonado que representa o direito positivo de um Estado. Dessa forma, a Constituição, ao englobar em seus princípios toda a ordem jurídica e estabelecer diretrizes para a organização social, se torna a origem de um direito superior, que serve de base para todos os outros ramos do direito. Tratando dessa matéria, Galvão de Sousa (2022) exprime que, de certa maneira ela passou a substituir o direito natural como fundamento da ordem jurídica.

As críticas endereçadas à concepção de direito natural, sustentadas pela variação da moral e do direito ao longo do tempo, revelam

a dificuldade de defender a ideia de um direito universal e imutável. Muitas vezes, essas críticas originam-se de um entendimento inadequado do conceito em sua verdadeira essência. Essa essência está consagrada em uma extensa tradição que começou com os filósofos gregos, pelos jurisconsultos romanos, aprofundada pelos teólogos e canonistas da Idade Média e solidificada pelo pensamento tomista.

Observa Bruno Irion Coletto (2013), que o fato de haver várias perspectivas acerca do direito natural não o invalida, ao contrário, é justamente a causa de sua existência. Dentro dessa linha de raciocínio, o direito natural é uma ideia que busca expressar um critério objetivo de justiça, a partir do qual se pode avaliar o que é justo e injusto nas normas do direito positivo.

Nas palavras de Leo Strauss (2009), filósofo político alemão-americano, que levantou a questão do “direito justo”, delineia um critério para avaliar a justiça das leis humanas, as quais podem se afastar desse padrão, resultando numa forma de legalidade ilegítima. Em sua obra, expõe:

“Rejeitar a ideia de direito natural equivale a dizer que todo direito é positivo, ou seja que o direito é determinado exclusivamente pelos legisladores e pelos tribunais dos diferentes países. Ora, é evidente que é perfeitamente sensato, e muitas vezes mesmo necessário, falar aqui de leis ou decisões injustas”.
(Strauss, 2009, p. 137)

Em uma ótica semelhante, Cícero também expressa a seguinte ideia:

“Se a vontade dos povos, os decretos dos chefes, as sentenças dos juízes constituíssem o direito, então para criar o direito ao latrocínio, ao adultério, à falsificação dos testamentos, seria bastante que tais modos de agir tivessem o beneplácito da sociedade. Se tanto fosse o poder das sentenças e das ordens dos insensatos, que estes chegassem ao ponto de alterar, com suas deliberações, a natureza das coisas, por que

motivo não poderiam os mesmos decidir que o que é mau e pernicioso se considerasse bom e salutar? Ou por que motivo a lei, podendo transformar uma injúria em direito, não poderia converter o mal no bem? É que, para distinguir as leis boas das más, outra norma não temos que não a da natureza” (Cícero, 1999, p. 66)

Tal forma de pensamento se impõe de maneira tão intensa que, se não se considerasse tais conceitos, corre-se o risco de reduzir o direito a meramente uma manifestação de uma ordem proveniente da força social dominante, desprovida de qualquer critério objetivo que impeça os caprichos daqueles que exercem essa força. Até mesmo os que adotam somente a teoria positivista como regra, em muitas ocasiões, recorrem a um princípio superior de justiça, buscando assim evitar tais consequências. Eles caem em contradição com o sistema que adotam, rejeitando o direito natural e, em seu lugar, impõem uma substituição que sob diferentes denominações, acabam por reafirmar a ideia do direito natural.

Dentre essas considerações, é importante destacar, sob ângulos divergentes, as visões de Hobbes (1974) e de Rousseau (1996), como sendo pessimista e otimista, respectivamente, sobre o “estado de natureza”. Este estado representa uma condição anterior à sociedade civil formada por meio de um contrato, um nível de liberdade que permite ao indivíduo recuperar a liberdade natural que foi perdida devido às pressões sociais.

Enquanto Hobbes (1974) acredita que essa perda é irreversível e que o direito positivo do Leviatã suprime o direito natural, a perspectiva liberal, inspirada em Rousseau (1996), defende que o contrato social deve garantir a cada indivíduo a possibilidade de ser tão livre quanto era anteriormente.

O direito natural surge, assim, como um ideal a ser perseguido pelo direito positivo. A partir dessa perspectiva, é uma transição simples para que se transforme em um código abrangente, capaz de servir como referência política e legislativa para todas as sociedades, independentemente de suas particularidades históricas. Essa mudança do campo filosófico do direito natural para a área técnico-jurídica do direito positivo aconteceu nos movimentos constitucionalistas dos séculos XVIII e XIX, além das codificações do direito civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É imprescindível reconhecer a relevância da lei escrita entre as fontes do direito e seu valor enquanto produto de uma deliberação, em contraste com a espontaneidade do direito costumeiro. Essa característica a transforma em um instrumento adequado para definir com precisão suas estipulações, o que traz consequências significativas para a segurança nas relações jurídicas.

Dessa forma, a ideia do direito positivo, que impõe condições restritivas à liberdade para possibilitar a convivência humana, não contradiz com o direito natural clássico. Ela é considerada essencialmente moral, pois visa o bem do ser humano enquanto tal. E, por outro lado, o direito positivo tem como foco o bem social.

Embora o direito natural se aplique ao ser humano dentro da sociedade e não em um estado de natureza hipotético, em que cada um viveria isoladamente, esse não se confunde, meramente como consequência da sociabilidade humana como ocorre com o direito positivo. Ademais, apesar deste também possuir um fundamento moral ancorado na lei natural, ele se distingue por uma técnica específica que atende às necessidades do bem comum.

Ao afirmar que a análise das fontes do direito em suas bases leva do direito positivo ao direito natural, não se deve interpretar essa expressão como uma sugestão de que esses dois planos sejam totalmente distintos. Essa visão seria típica daqueles que consideram o direito natural como algo anterior ao direito positivo, situado em um estado de natureza que imaginam ter existido antes da formação da sociedade, que teriam alcançado por meio de um suposto contrato social. Ou, alternativamente, é a perspectiva de quem vê o direito natural como um ideal ou um modelo para o direito positivo, ou ainda a posição daqueles que aceitam o direito, limitando-se às categorias do positivismo quando se refere à ordem jurídica positiva.

Por fim, é fundamental evitar a atribuição de um poder quase místico à lei, como se esta fosse capaz de, por si só, criar e transformar a realidade. Igualmente, não se deve concebê-la como resultado de um apriorismo ou abstracionismo que predomine na mente do legislador, o que geraria um descompasso entre o direito formalmente estruturado e a experiência social concreta, ou seja, entre as fontes técnico-jurídicas e as fontes reais ou materiais do direito.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. António de Castro Caeiro. São Paulo: editora Atlas, 2009

BOBBIO, Norberto, 1909-2004. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito** / Norberto Bobbio; compiladas por Nello Morra; tradução de Luiz Sérgio Henriques. – São Paulo: Edipro, 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CÍCERO, Marco Túlio. **Da República**. Tradução de C. J. de Soares. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

COLETTI, Bruno I. A hermenêutica do direito natural clássico: **a proposta metodológica de Leo Strauss**. Programa de Pós-Graduação em Direito. 2013 PPGDir./UFRGS, p. 111, 2013. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/236020/000911242.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARQUES, José Roberto. **Lições preliminares de direito ambiental**. São Paulo: Editora Verbatin, 2010.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. 1.Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução de Maria das Graças de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SOUSA, José Pedro Galvão de, 1912-1992. **Obras seletas III: Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito e O Estado tecnocrático**. Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2022.

SPINOZA, Baruch. **Tratado Teológico-Político**. Tradução de Diogo Pires Aurélio. Lisboa: Edições 70, 2003.

STRAUSS, L. **Direito Natural e História**. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa, Portugal, Edições 70, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 6. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2006. Villas Bôas Filho, O. Desafios Da Pesquisa Interdisciplinar: **As Ciências Sociais Como Instrumentos De “Vigilância Epistemológica” No Campo Dos Estudos Sociojurídicos**. Rei - Revista Estudos Institucionais, 5(2), 530–558, 2019.