

A Dimensão Jusnaturalista dos Direitos Humanos e Fundamentais

Artigo recebido em 10/10/2013.

Revisado em 11/10/2013.

Aceito para publicação em 22/10/2013.

Daniel Bastos Souto

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário
Salesiano de São Paulo. UNISAL.

Resumo

No presente artigo, será empreendida uma análise histórica da corrente jusfilosófica conhecida como “jusnaturalismo”, que se fundamenta basicamente na existência de um “direito natural”, não escrito, oriundo da natureza, de Deus ou da razão humana, que se apresenta inicialmente como a ordem cosmológica total, à qual o homem deve procurar se harmonizar na busca da justiça. Posteriormente, adquire caráter religioso, sendo considerado de origem divina, especialmente na idade média tardia. Por fim, é compreendido, durante a “era das luzes”, como conjunto de princípios, normas e garantias subjetivas, acessíveis à razão humana, fundamentadas na compreensão antropológica dos indivíduos como homens “nascidos livres e iguais em dignidade e direitos”. Desta última fase da corrente jusnaturalista surge a teoria dos direitos humanos e todos os seus desdobramentos, como a idéia de direito subjetivo, as grandes codificações, os próprios “estados democráticos de direito”, os movimentos reivindicatórios das minorias, o constitucionalismo e a teoria dos direitos fundamentais.

Palavras-chaves: Corrente jusfilosófica; Direito natural; Direitos humanos.

Abstract

In this article, a historical analysis will be undertaken of jusphilosophical current known as "natural law", which is based primarily on the existence of a "natural right", not written, coming of nature, of God or of human reason, which presents initially as the cosmological total order, which man should seek to harmonize in the pursuit of justice. Later, acquires religious character, being considered of divine origin, especially in late middle age. Finally, it is understood, during the "age of enlightenment", as a set of

principles, standards and guarantees subjective, accessible to human reason, based on anthropological understanding of individuals as men "born free and equal in dignity and rights." This last phase of jusnaturalist current comes to human rights theory and all its ramifications, as the idea of subjective rights, large encodings, the "democratic state of law", the movements demanding minority rights, constitutionalism and theory of fundamental rights.

Keywords: Jusphilosophical current; natural law; human rights.

Sumário

Introdução. 1 Escola Antiga. 2 Escola Medieval ou Teológica. 3 Escola Moderna ou Racionalista. 1.3 Escola Contemporânea ou "Neojusnaturalismo". Conclusão. Referências.

Introdução

O jusnaturalismo se apresenta como uma corrente jusfilosófica que propõe a existência de um direito natural justo, independente do direito posto pelo estado, ou direito positivo, remontando às representações primitivas da ordem legal de origem divina, passando pelos sofistas, socráticos, estóicos, padres da igreja, escolásticos, racionalistas dos séculos XVII e XVIII, até a escola do direito natural do século XX. Importante ressaltar que a idéia de justiça variou ao longo da evolução do jusnaturalismo. Partindo de uma concepção que tinha sua referência na ordem da *polis* e na relação do homem com o *cosmos*, avançamos para um encontro com a justiça judaico-cristã, orientada para a caridade e para a misericórdia, desaguando no racionalismo moderno de inspiração humanista.

O direito natural, ao contrário do direito positivo dos séculos XIX e XX, corresponde a um direito justo, perene e geralmente imutável, representado por um valor transcendental ou metafísico de justiça. Já o direito positivo corresponde a um fenômeno jurídico científico e empiricamente justificável.

Geralmente o jusnaturalismo é compreendido em oposição ao juspositivismo, corrente jusfilosófica que, conforme Dimtri Dimoulis compreende o direito como um "sistema fechado e lógico que oferece resposta para todos os casos concretos, mediante deduções lógicas com base em normas jurídicas válidas e aplicadas independentemente

de considerações políticas, éticas ou culturais” (DIMOULIS 2006. p. 74). Portanto, na ótica juspositivista o direito seria um conjunto de mandamentos humanos, estudados de forma independente das análises sobre sua origem, seu papel na sociedade e sua moralidade, tendo em vista que o direito não pode se vincular à moral, uma vez que esta não é capaz de ser fundamentada objetivamente.

Desse modo, o jusnaturalismo se caracteriza pela identificação de duas instâncias jurídicas: o direito positivo e o direito natural. O direito positivo corresponderia ao fenômeno jurídico concreto, apreendido através dos órgãos sensoriais, sendo, deste modo, o fenômeno jurídico empiricamente verificável, tal como ele se expressa através das fontes de direito, especialmente, aquelas de origem estatal. Por sua vez, o direito natural corresponderia a uma exigência perene, e por vezes imutável, de um direito justo, fundamentado em um valor transcendental ou metafísico de justiça. Desse modo, o jusnaturalismo propõe a superioridade do direito natural em face do direito positivo. Neste sentido, o direito positivo deveria adequar-se aos parâmetros ideais de justiça, contidos na ordem do *cosmos*, na Lei divina ou na razão humana. O direito natural enquanto representativo da justiça serviria como referencial valorativo (o direito positivo deve ser justo) e ontológico (o direito positivo injusto deixa de apresentar juridicidade), sob pena de a ordem jurídica identificar-se com a força ou o mero arbítrio. Neste sentido, o direito vale caso seja justo e, pois, legítimo, daí resultando a subordinação da validade à legitimidade da ordem jurídica.

1 Escola Antiga.

Para os filósofos da Grécia Antiga, o *cosmos* (universo) é regido por leis imutáveis, as quais devem servir de fundamento para a regulação e normatização do comportamento humano e da convivência em sociedade.

Importante ressaltar a contribuição dos sofistas, dentre os quais Protágoras, Górgias e Hípias, que se dedicavam ao conhecimento da retórica, sendo os expoentes do relativismo filosófico. Isto por que, ao suscitarem críticas sobre a verdade, dando um grande valor à retórica, esta, assim como a justiça, passava a ser relativa.

A conclusão de que o cosmos é regido por leis imutáveis é atingida em dois momentos, de acordo com Ana Lúcia Sabadell (2002, p. 25):

a) Constatação: Constata-se que o homem faz parte do cosmos (natureza ordenada), que impõe a todos regras e limites. Trata-se, portanto, de uma constatação do poder da natureza.

b) Aplicação: O conceito de natureza abrange a sociedade como um todo. Assim, pode-se considerar que certos valores humanos são estáveis, permanentes e imutáveis; porque fazem parte do cosmos que possui seu próprio equilíbrio. O homem constitui apenas uma parcela do cosmos.

Nessa perspectiva, justifica-se, por exemplo, o status político e social inferior da mulher em relação ao homem, haja vista sua constituição física mais frágil. Portanto, o status social da mulher era fundamentado por um dado de ordem natural. Da mesma forma Aristóteles justificava a escravidão através de particularidades físicas, intelectuais e morais de certas pessoas, que as tornavam como que propícias à escravidão, inclusive para seu próprio benefício.

O escravo está conforme a natureza, para o qual sua condição é justa e útil, ou a escravidão é uma violação da natureza? (...) aqueles que não têm nada melhor a oferecer que sua força corporal são destinados, por natureza, à escravidão, e para eles é vantajoso estar sob o comando de um senhor. (Aristóteles, 2006, p. 60-61)

Cícero, o mais entusiasta intérprete da filosofia grega entre os romanos, que a expôs eloquentemente em sua obra, *De Legibus* (*Apud SAHD*, p. 181. 2009):

Há uma lei verdadeira, isto é, a razão autêntica que, conforme à natureza, vale para todos os homens, é eterna e inalterável. O homem submete-se a esta lei para o cumprimento dos seus deveres; ao mesmo tempo, ela proíbe-o de praticar o mal. Os seus mandamentos e as suas proibições orientam sempre os bons, mas não têm qualquer ação sobre os maus. Mudar esta lei por meio da legislação humana nunca pode estar certo. Limitar a sua eficácia é ilícito; revogá-la completamente é impossível. (...) Há apenas um direito, eterno e imutável, a que todos os povos de todos os tempos estão sujeitos.

Entretanto, precisamos notar que esse direito natural, oriundo da ordem cosmológica, estende-se muito além da ciência jurídica *stircto sensu* (*Tò Dikaion*), sendo esta considerada um campo mais restrito do conhecimento, que é “o direito” propriamente dito, conceituado por Aristóteles como “o objeto de uma justa partilha dos bens exteriores entre uma pluralidade de indivíduos de uma sociedade”, necessariamente obtido mediante a decisão de um juiz reconhecido como tal publicamente, ressaltando o caráter essencialmente político do direito. (*Tò Dikaion politikon*).

Desse modo, o direito como conhecimento sistematizado, composto de uma linguagem própria e proposto como ciência, derivada da observação racional da natureza, inicia-se na Grécia antiga, mais especificamente com Aristóteles, que pode ser considerado o primeiro filósofo do direito em sentido estrito, uma vez que tratou dele buscando a mesma profundidade que seus predecessores, Sócrates e Platão, dedicaram ao estudo da moral.

O direito natural, na filosofia clássica, refere-se na verdade à ordem que rege todo o universo dos seres vivos, e para os homens o seu cumprimento consiste na prática da “justiça geral” de Aristóteles, que coincide com a totalidade das virtudes morais (justiça, prudência, temperança e coragem), sendo este o sentido corrente da palavra justiça na Grécia clássica quando se diz de alguém: “fulano é justo”. Já a prática judiciária estava restrita à aplicação da virtude da justiça em seu sentido mais particular: justiça que tem como objeto uma justa partilha de bens (materiais ou imateriais) entre determinados cidadãos.

O “direito natural” dos gregos é impossível de ser sistematizado, dada a sua amplitude, entretanto Platão e mesmo Aristóteles tratam dele, extraindo princípios e normas mais morais que jurídicas. É importante ressaltar aqui que os gregos faziam uma clara distinção entre direito e moral, o que hoje já não ocorre mais, de modo que observamos um progressivo avanço do direito sobre assuntos que antes eram objeto de estudo da ética, enquanto a ética perdeu o prestígio que possuía na antiguidade.

Uma corrente merecedora de atenção que desponta depois de Aristóteles é a dos estoicos, devido à sua preocupação com a felicidade do homem. Para eles, o que realmente importa no homem é a virtude, sendo o vício seu único mal. E como para a doutrina estoica o *logos* está presente em cada homem, este deve se utilizar da razão para seguir na virtude.

Em Roma, no período Imperial, será concluída a obra de sistematização do direito iniciada por Aristóteles, de modo que o direito romano será fundamentado em sua filosofia jurídica. Para Michel Villey, o direito como o conhecemos hoje surge por obra dos romanos, que buscaram fazer no direito o que os gregos haviam feito em outros ramos do conhecimento: a formulação de uma *ars*, uma ciência com uma linguagem e um método bem definidos. Cícero, Úlpiano e outros foram alguns dos responsáveis por essa obra, que consistiu desde os primeiros tratados de Cícero até a

formulação do famoso *Corpus Iuris Civilis*, que serviu de fonte primordial de estudo do direito até meados do século XV.

O direito romano pode ser dividido em três: o *jus naturale*, que coincide com o direito natural dos gregos, sendo que dele se extraem mais princípios morais do que regras jurídicas. Os romanos utilizaram-se da moral estoica, ou seja, da idéia de que a razão tem alcance universal para o alcance da ordem justa. O *jus gentium*, que consiste das normas aplicáveis a todos os povos, englobando desde normas de comércio internacional, até instituições consideradas universais, como a escravidão e a alforria, incluindo mandamentos morais como a piedade religiosa, o dever de resistência, dentre outros. Entretanto foi o *jus civile* a obra prima do direito romano, sendo este o direito compartilhado pelos cidadãos, podendo variar entre as cidades, mas contendo uma base comum que deu origem ao direito como o conhecemos.

Em Roma podemos também dizer que era clara a distinção entre o direito e a moral, distinção essa oriunda da matriz filosófica do direito romano, de origem grega.

2 Escola Medieval ou Teológica.

A concepção jusnaturalista clássica permeou o ocidente durante toda a idade média, dando origem à escola teológica, especialmente à escola teológica cristã. Citando análise da filósofa Hanna Arendt, Ana Lúcia Sabadell aponta a diferença central entre a escola jusnaturalista antiga e a medieval. No primeiro caso, parte-se de uma cosmologia na qual o homem é apenas mais um dentre uma diversidade de seres, sendo o mundo compreendido como imortal, e os homens como mortais. Posteriormente, difunde-se uma nova cosmologia, na qual o homem adquire a posição central, como superior aos demais seres, tendo em vista possuir uma alma imortal, ao passo que o mundo passa a ser considerado perecível. Hanna Arendt chama esta visão de mundo de cosmologia cristã, haja vista a influência fundamental do cristianismo na mesma.

Desse modo, a escola teológica também considera que há um direito natural e imutável, que deve ser observado pelos homens. Entretanto, a fonte desse direito não pode ser apenas a observação da natureza, mas deriva principalmente da Revelação divina, guardada, transmitida e interpretada pela religião.

Segundo Tomás de Aquino, grande expoente dessa escola teórica, a lei natural é definida como “*Precipitatio legis aeternae in rationalis creatura*”. Ele afirma que a lei

natural: não é uma lei imanente à razão, cuja origem primeira seja a natureza do homem; dada a condição de criatura do homem e entendidos os seres criados como uma participação criada do Ser Subsistente, a lei natural é, para o Aquinate, uma lei divina, naturalmente impressa no homem por via da participação na lei eterna (a lei divina enquanto está na essência de Deus). Por isso, descreve a lei natural como uma participação da lei eterna na criatura racional, isto é, no homem. (PERNAMBUCO, 2011)

A lei natural, para ele, era captada a partir da experiência pela qual o homem percebia algumas coisas como boas e outras como más; juízo este mediado pela razão, que não é infalível. Além da possibilidade da razão falhar em sua apreciação da bondade ou maldade de uma ação, os preceitos da lei natural poderiam ser afetados pelas condições históricas e contingências naturais (idade, saúde, etc.), de modo que a concepção de lei natural para Tomás de Aquino é eminentemente prática, e não especulativa.

Santo Tomás se tornou uma referência fundamental em teologia na Igreja Católica, e um de seus maiores méritos foi ter conciliado a sabedoria dos antigos, especialmente a de Aristóteles, com o Evangelho, permitindo que cada qual, a filosofia e a teologia, ocupassem seus lugares de forma independente, ainda que as conclusões filosóficas devessem sempre ser examinadas à luz do Evangelho.

No início do século XIV surge a corrente conhecida como nominalismo, de característica marcadamente individualista. Ela representou uma revolução nos fundamentos da filosofia clássica, tendo em Guilherme de Ockham, um monge franciscano, seu maior nome. Ockham afirma que a moral depende do Evangelho. Essa dependência está na obediência do homem aos mandamentos, ao poder absoluto de Deus.

Segundo Michel Villey (2007, p. 122):

Guilherme de Ockham parece chegar a suas conclusões por meios de pura lógica, secos raciocínios dedutivos. No entanto, seu individualismo se enraíza na Santa Escritura e na tradição religiosa.

Por isso, a obra de Ockham, ao defender que “não há autoridade que não venha de Deus”, credita à lei natural, que, segundo São Paulo, foi inserida por Deus na razão dos homens, uma das fontes da moral. Para muitos autores a teologia e a filosofia de Ockham fornecerão as bases para o surgimento da escola do direito natural racional.

3 Escola Moderna ou Racionalista.

Durante o período que denominamos Idade Moderna, surge na Europa o movimento filosófico-cultural conhecido como Renascimento, que culminou na ruptura com a origem metafísica do direito, trazendo para a natureza racional do homem a fundamentação última das leis. Neste período temos autores como Hugo Grotius (O Direito da Guerra e da Paz), Samuel Puffendorf (Os Deveres do Homem e do Cidadão de Acordo com as Leis do Direito Natural) e Kant (Crítica da Razão Pura).

A partir do século XVII, o jusnaturalismo teológico foi sendo substituído, em face do processo de secularização da vida social, por uma doutrina jusnaturalista subjetiva, racional e antropocêntrica.

Os autores da escola moderna têm em comum o fato de reconhecerem a existência de princípios permanentes e imutáveis na natureza racional do homem, independente de qualquer vontade divina ou humana, chamados de *direito natural* ou *razão natural*. Estes princípios seriam presentes em qualquer homem de qualquer tempo, sendo essa idéia a origem do que hoje conhecemos por “Direitos Humanos”: direitos que todo homem possui, independentemente de serem reconhecidos pelo direito positivo, servindo de fundamento para estes.

Estes autores também reconheciam a legitimidade do *Direito positivo*, que é aquele estabelecido pela sociedade, através de um Estado constituído mediante um pacto, o “contrato social”, instituído para atender os interesses dos próprios cidadãos membros do pacto, devendo visar o bem comum. Entretanto eles divergiram sobre as motivações que levam os homens a realizar este pacto, bem como em relação à concepção de bem comum que cada um defendia.

Refere Maria Helena Diniz (2005, pp. 38-43) que, no âmbito da presente concepção jusnaturalista, a natureza do ser humano foi concebida de diversas formas: genuinamente social; originariamente individualista; ou decorrente de uma racionalidade prática e inata. Na visão de pensadores como Grotius, Pufendorf e Locke, a natureza humana seria genuinamente social. Sob a perspectiva de pensadores como Hobbes e Rousseau, a natureza humana é vislumbrada como originariamente a-social ou individualista.¹

¹ Veja-se: SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Reflexões sobre o jusnaturalismo: o direito natural como direito justo*. p. 11.

Ainda assim, havia consenso em relação à idéia de que o direito natural era precedente e superior ao direito positivo, devendo este estar em harmonia e concordância com aquele. Defendem que o direito positivo, quando se afasta dos princípios fundamentais do direito natural, se torna injusto e serve de instrumento de dominação e poder em favor de interesses de indivíduos ou grupos determinados.

Importante notar uma mudança de paradigma dentro da escola do direito natural racional: seus primeiros autores (como Grotius e Pufendorf) buscavam uma fundamentação teológica para a autoridade da razão (mas não para o direito), ou seja, afirmavam que a razão é um dom divino, vinculando seu uso a uma compreensão religiosa da realidade, porém não associada a uma crença específica, sendo considerados os primeiros partidários da tolerância religiosa e da convivência harmônica entre cidadãos de crenças diferentes em um mesmo Estado. Esta visão fica clara na definição de direito natural dada por Grotius em sua célebre obra “*De iure belli ac pacis*”:

O direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme à própria natureza racional do homem, e a mostrar que tal ato é, em consequência disto, vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza. (BOBBIO, 1995, p. 20-21)

Entretanto, estes autores deram o primeiro passo para a criação de um direito fundado na razão ou na vontade humanas, e não mais em uma ordem imanente ou transcendente do mundo, separando o direito da teologia cristã.

Daí, chegamos aos “direitos humanos” que surgiram no século XVII através de escritores ingleses influenciados pela doutrina filosófica secularizada.

Hobbes, por exemplo, define o “direito do homem” ao partir do indivíduo para abordar o estado de natureza. Hobbes, com influência de Guilherme de Ockham, primeiro reduz a realidade a partir de homens isolados para, depois, reconstruir a sociedade. Assim, ele vai de encontro aos ensinamentos de Aristóteles, que observava, primeiramente, a essência política dos homens que se encontravam inseridos em sociedade.

Para Hobbes os indivíduos são naturalmente iguais e livres, o que permanece atual, pois, em pleno século XX, foi o que dispôs as Declarações dos Direitos Humanos. Essa liberdade é o direito que pertence a todos os homens e seria ilimitada desde que a

lei não proibisse ou obrigasse a algo, somente podendo ser restringida pelo valor subjetivo do indivíduo.

Há de se observar que, num primeiro momento, no estado de natureza, a liberdade ilimitada leva os homens à insegurança e à anarquia, devido às ações de uns colidirem com as dos outros. Mas, a razão surge como um antídoto a este estado de natureza, uma vez que dita o modo pelo qual os homens podem sair do estado de insegurança, trazendo o “meio mais apto” para a paz: o “contrato”. No contrato os homens consentem o sacrifício de suas liberdades em prol do poder soberano que vai garantir a paz.

Desse modo, há o fortalecimento do absolutismo, pois o soberano dita as leis, que são acompanhadas de sanções e, através do direito subjetivo, redistribui propriedades aos súditos e dá força à autonomia de vontade nos contratos consensuais.

Samuel Pufendorf (2007, p. 14 e 15), apesar de discordar de Hobbes, afirmou que o direito natural existe na condição natural [o estado de natureza] o que Hobbes encarava como um estado de anarquia moral, Pufendorf concordava com seu equivalente inglês em que apenas um governo civil na posse de um poder supremo lograria prover a segurança que era a meta do direito natural. Pufendorf, então, proporcionava ao Estado soberano sua própria legitimidade secular como uma instituição criada por homens para atingir a paz social, mas possuindo o direito absoluto de determinar e impor as medidas mais adequadas para esse fim.

Ainda no século XVII John Locke, escritor inglês, afirma os direitos dos homens constantemente em suas obras. Apesar de ter se baseado em Hobbes, acaba por chegar a conclusões diferentes. Hobbes, com seu sistema, confirmava o absolutismo, Locke, ao contrário, acaba por fortalecer o liberalismo.

Enquanto para Hobbes o homem tinha no estado de natureza um único direito: a liberdade total, que deveria ser conduzida por sua razão, para Locke, no estado de natureza, o homem tinha direito a propriedades. O homem teria direito a coisas, a propriedades, em razão de seu trabalho e dos frutos de seu trabalho.

Importante observar que as propriedades, apesar de serem muitas, são, cada uma delas, limitadas quanto ao espaço. Conclui-se, portanto, que o estado de natureza, a partir de então, pode ser pacífico, com os homens respeitando mutuamente suas propriedades e mais, já não sendo preciso abdicar de seus direitos, ou seja, o homem,

agora, estipula no contrato social apenas a conservação dos direitos naturais de propriedade.

Locke, em sua obra, extrai ainda outros direitos da liberdade no estado de natureza como: a liberdade de consciência, em que todos teriam direito de professar e praticar a sua fé de acordo com sua consciência; a liberdade de opinião, dos mais diferentes pontos de vista; e, a liberdade de opor resistência, dos súditos ao soberano.

Ocorre que, segundo Villey, enquanto os direitos humanos de Hobbes eficazmente combateram a anarquia em prol do absolutismo, os de Locke foram uma arma contra o absolutismo para a implantação do liberalismo. Depois, contra o liberalismo, os direitos humanos iriam servir para justificar regimes totalitários. Assim, Villey recorda que na história não se tem notícia de os direitos humanos beneficiarem a todos, sem distinção. Ou eles estariam a favor de uns ou de outros, desse modo,

O problema com os direitos humanos é que ninguém poderia tirar partido deles senão em detrimento de alguns homens.

(...)

Esse é o estado das coisas, no terreno da política e do direito, que o discurso sobre os direitos humanos se atribuiu a tarefa de ocultar. O direito é *relação* entre *homens*, multilateral. Tenha ou não consciência disso, quando você usa a palavra “direito”, trata-se de uma relação. Como é que se poderia inferir uma *relação*, que abrange vários termos, de um termo único: o Homem? (VILLEY, 2007, p. 162 e 163).

Por volta do século XVIII, observamos o abandono da fundamentação teológica da capacidade racional por diversos autores, em meio a um clima de supervalorização do homem e da razão, motivado pelo progresso da ciência e pelos ideais iluministas, bem como pela derrocada da nobreza e do clero no poder político. Kant é situado nesse contexto, e nas palavras de Ana Lúcia Sabadell (2002, p. 32):

Para este autor, o direito deve garantir a liberdade de todos. Deve ser composto por normas gerais, através das quais a liberdade e o arbítrio de cada pessoa possam conciliar-se com a liberdade e o arbítrio de todos os outros. Isto pode realizar-se através de um processo racional de reflexão pública sobre a organização da vida social, que permita conciliar os interesses de todos os cidadãos.

Segundo Michel Villey (2008, p. 308), a partir do século XVIII, na Escola do direito natural pretendia-se:

deduzir dos axiomas da Razão pura não apenas o poder do legislador (...), mas o *conteúdo* do direito. Parte-se ou de *máximas* gerais de moralidade, de

“imperativos”, de preceitos da consciência, ou de *definições* gerais da essência do homem, da virtude, do bem, dos objetivos da conduta moral.

Como norma de referência à convivência harmônica entre os homens, Kant apresenta seu “imperativo categórico”, que, em sua formulação primária postula: “*Age de tal maneira que a máxima de tua vontade possa ser o princípio de uma legislação universal*”. Para ele, o direito era distinto da moral mediante os critérios da legalidade, exterioridade e coerção, presentes no direito e ausentes na moral. A questão que surge é: qual seria a fonte da coercibilidade do direito, uma vez que ele não é fundado na moralidade? Apesar de uma leitura apressada poder sugerir que Kant já se apresenta como um positivista, ou como um historicista, uma análise mais minuciosa de sua obra nos permite concluir, em relação à fonte do direito de coerção, que: “*essa fonte é não apenas, como em Kelsen, a constituição existente, mas a idéia do direito natural (Naturrecht) como síntese do direito privado e do direito público*” (FERRY, 2010, p. 281). Para Kant, tanto o direito pré-estatal (que ele designa direito privado) quanto o direito pós-estatal (designado direito público), repousam em “puros princípios *a priori*”, e não na vontade historicamente situada do legislador (como é o caso do direito positivo), podendo ser englobados no que ele dá o nome de *Naturrecht*, que podemos chamar de direito natural racional.

1.3 Escola Contemporânea ou “Neojusnaturalismo”.

No século XX priorizou-se o resultado da ciência, não havendo espaço para as especulações abstratas e metafísicas do direito natural. Como afirma Ricardo Maurício Freire Soares em seu artigo *Reflexões sobre o jusnaturalismo: o direito natural como direito justo*: “Se a ciência positivista é convertida na única via válida para a obtenção da verdade, o debate acerca do sentido de um direito justo se torna acessório e irrelevante”². Voltando um pouco, no século XIX, com o surgimento da Sociologia, bem como da Antropologia, houve a valorização da diversidade cultural das sociedades, passando a evidenciar que a concepção de justiça seria variável no tempo e no espaço, ao contrário do conceito universal e perene da justiça difundido pelos jusnaturalistas.

Segundo Villey (2008, p. 311), há duas correntes de “renascimento do direito natural”: A encabeçada por Rudolf Stammler que,

² Veja-se: SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Reflexões sobre o jusnaturalismo: o direito natural como direito justo*. p. 12 e 13.

só pede à Razão as *formas*, a linguagem, os conceitos da ciência jurídica – e “a *Idéia* do direito”, o ideal que, insuflado no direito, irá torná-lo cada vez mais útil (“*richtiges Recht*”). Mas o “conteúdo” varia ao longo da história, acompanhando as condições mutáveis da economia. Teoria de um “direito natural de conteúdo mutável.

E a que surge com a crise da última guerra mundial, em que são expoentes juristas alemães como H. Coing, com o intuito de resgatar o respeito à pessoa humana e os direitos do homem.

Após ter permanecido por cerca de um século parcialmente abandonado pelos grandes teóricos do direito, em um cenário dominado pelas doutrinas positivistas, recentemente vem havendo uma retomada do interesse pelo estudo das teorias jusnaturalistas, acompanhada de uma crescente produção de conhecimento nessa área. Como um dos grandes expoentes dessa produção, podemos citar John Mitchell Finnis, australiano, filósofo do direito, que escreveu “Lei Natural e Direitos Naturais”, sua obra mais conhecida. Finnis se baseia em Aristóteles e Tomás de Aquino, rebatendo o argumento de Hume em relação à “falácia naturalista”, segundo o qual não é possível derivar uma deontologia (dever ser) de uma ontologia (ser). De acordo com Finnis, Tomás de Aquino não faz isso ao explicitar o direito natural, mas propõe que os princípios do direito natural são “auto-evidentes”, ou seja, não precisam ser demonstrados nem provados posteriormente.

Então o filósofo australiano apresenta uma série de “bens”, ou “princípios auto-evidentes”, que são pré-morais, e que todo homem tende a buscar como fins em si mesmos, devendo fazê-lo segundo uma série de normas ou “exigências da razoabilidade prática”, que constituem a passagem da pré-moralidade para a moralidade (e o direito natural).

Os bens humanos básicos apresentados em sua obra principal são sete: vida, conhecimento, jogo, experiência estética, sociabilidade, razoabilidade prática e religião. Importante ressaltar que segundo o autor a lista não é exaustiva.

Quanto às exigências da razoabilidade prática, Finnis apresenta nove aspectos a serem observados na busca dos bens humanos: “Um plano de vida coerente”, “Sem preferência arbitrária por valores”, “Sem preferência arbitrária por pessoas”, “Desprendimento” (evitar o fanatismo), “Compromisso”, “Ações idôneas à realização de propósitos”, “Respeito a todos os valores básicos em cada ato”, “Favorecer e

promover o bem comum”, “Agir de acordo com a própria consciência” (SGARBI, 2009, p. 204).

Conclusão

O direito natural representa, segundo o professor Aquiles Cortês Guimarães, uma exigência ontológica do ser humano, tendo em vista sua necessidade de “coexistência”, isto é: dado que o indivíduo humano não existe isolado, e precisa coexistir com os demais, surge espontaneamente a necessidade de proteção da vida, da liberdade e da consciência, sendo estes, segundo o professor, “princípios auto-evidentes”, que nascem da própria dignidade da pessoa humana (GUIMARÃES, 2010, p. 21-27).

Nesse sentido, observamos que o jusnaturalismo permanece atual, consistindo de fundamento para a doutrina dos direitos humanos desde as primeiras declarações dos direitos do homem na era moderna até a atual teoria dos direitos fundamentais, que trata da positivação dos direitos humanos, tendo em Robert Alexy um de seus maiores expoentes.

Em outra via encontramos pensadores como John Finnis, resgatando o conteúdo axiológico do direito natural. Podemos destacar também os avanços no reconhecimento dos direitos de minorias antes ignoradas pelo ordenamento jurídico, como por exemplo, as crianças e os idosos.

O próprio estado democrático de direito e o movimento constitucionalista estão estruturados sobre princípios jusnaturalistas como a dignidade da pessoa humana e a proteção e promoção dos direitos fundamentais, de modo que hoje em dia se torna difícil falar de direito ignorando tais premissas. Vemos assim a necessidade de um conhecimento mais aprofundado sobre os fundamentos e os fins do direito, especialmente na formação dos estudantes, que muitas vezes acabam por rejeitar tais reflexões diante da influência do positivismo jurídico, que levou os juristas a desconsiderarem essas questões tão fundamentais, relegando seu estudo aos filósofos.

Uma ciência que não conhece bem seus fundamentos e seus fins acaba por servir de instrumento a serviço de qualquer interesse ou sopro de ideologia, denotando uma crise estrutural que somente uma filosofia do direito formulada com clareza e coerência poderá sanar.

Referências

- ARISTÓTELES. *Política*. Livro I, Capítulo V. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico político. São Paulo: Método, 2006.
- FERRY, Luc. *Kant*: uma leitura das três “Críticas”. 2. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2010.
- GUIMARÃES, Aquiles Cortês. *Atualidade e permanência do direito natural*. Cadernos da EMARF, fenomenologia e direito. Rio de Janeiro: 2009/2010 v.2, n. 2, pp. 1-196
- PERNAMBUCO, Sílvia Collares. *Direito Natural*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, nº 95, dez. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10785>. Acesso em Out. 2012.
- PUFENDORF, Samuel. *Os Deveres do Homem e do Cidadão de acordo com as Leis do Direito Natural*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.
- SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de Sociologia Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SAHD, Luis Felipe Netto de Andrade e Silva. *Hugo Grotius: Direito Natural e Dignidade*. Cadernos de ética e filosofia política 15. 2/2009 pp. 181-191.
- SGARBI, Adrian. *Clássicos de Teoria do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Reflexões sobre o jusnaturalismo*: o direito natural como direito justo. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/70599770/Reflexoes-Sobre-o-Jusnaturalismo>>. Acesso em: Jan. 2013.
- VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *Filosofia do direito*: Definições e fins do direito: Os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.