

DIREITO NATURAL E DIREITO POSITIVO: REFLEXÕES SOBRE UMA POSSÍVEL RELAÇÃO DE OPOSIÇÃO

*Felipe Raminelli Leonardi**

SUMÁRIO: 1. Plano de desenvolvimento; 2. Direito positivo e direito natural até a formulação do Estado como única fonte legislativa – positivismo jurídico; 3. Breves apontamentos sobre o positivismo jurídico; 4. Aspectos elementares da Teoria Pura do Direito – *Reine Rechtslehre*; 5. Direito natural enquanto crítica do positivismo jurídico: Gustav Radbruch e sua crítica ao positivismo; 6. Positivismo jurídico e direito natural: reconstrução conceitual do direito natural como postura crítica ao positivismo em uma relação construtiva; 7. A possibilidade de uma construção do direito com carga valorativa: o conceito de direito em Robert Alexy; 8. Ponderações finais; 9. Bibliografia.

1. Plano de desenvolvimento

O presente texto propõe-se a uma investigação, ao menos inicial, sobre a relação existente no pensamento jurídico entre direito natural e direito positivo. Note-se que o objeto de estudo não é um determinado conceito ou formulação conceitual do direito natural, nem mesmo do direito positivo, mas sim nas suas mais gerais formulações identificar se existe, ou não, uma relação de oposição entre estas diversas propostas de pensar o direito¹.

Duas passagens de Shakespeare, em sua obra *O Mercador de Veneza*, possibilitam um estímulo inicial para a investigação:

* Mestrando em Direito Civil pela PUC/SP. Monitor da disciplina Direito Comercial II na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Bacharel em Direito pela mesma instituição no ano de 2004. Advogado de empresa privada em São Paulo.

¹ O presente texto foi base para seminário apresentado na disciplina *Teoria Geral do Direito (Direito, Poder e Justiça)*, ministrada pela professora Maria Celeste Cordeiro Leite Santos no curso de Pós-Graduação em sentido estrito na PUC/SP no primeiro semestre de 2006, o qual tinha como tema "A oposição direito positivo e direito natural". Dedico este texto e faço agradecimento especial ao Professor Titular de Filosofia Jurídica da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa, pois a proposta desenvolvida no seminário tem sua origem notadamente nas reflexões apresentadas em sala de aula, bem como nas anotações destas.

“*Shylock* – Após o vermos liquidado de acordo com seus termos. Mostrastes ser juiz de grande mérito; conheceis bem as leis; foi muito clara a exposição de há pouco. Assim, intimo-vos, pela lei de que sois um dos pilares mais digno, a emitir o julgamento. Juro pela minha alma que nenhuma Língua humana é capaz de demover-me de minha decisão. *Só quero a letra*”.

“*Pórcia* – Um momentinho, apenas. Há mais alguma coisa. Pela letra, a sangue jus não tens; nem uma gota. São palavras expressas: ‘uma libra de carne’. Mas se acaso derramares, no instante de a cortares, uma gota que seja, só, de sangue cristão, teus bens e tuas terras todas, pelas leis de Veneza, para o Estado passarão por direito”.

Nesse diálogo, Shylock exige a simples aplicação da lei (entenda-se direito positivo). Todavia, esta lei não se mostra razoável, pois sua aplicação implicará na morte de seu devedor (atitude jusnaturalista), até mesmo porque o amigo do seu devedor propõe-se a pagar a quantia devida para que o assunto seja resolvido. No entanto, a atuação de Pórcia voltada para a aplicação estrita da lei (jurista com atuação positivista), a princípio evidentemente injusta, possibilita fazer-se justiça (paradoxo?), pois Shylock tem direito apenas a uma libra de carne, caso derrube uma única gota do sangue de seu devedor perderá todo o seu patrimônio. A trama, especialmente no momento do julgamento, descrita por Shakespeare permite visualizar a problematização em que se funda, inclusive no direito moderno, a relação entre direito positivo e direito natural, com vistas à justiça. A idéia de justiça, contudo, não passa por este estudo, entrementes tanto a atitude positivista, quanto à crítica ao positivista (= atitude jusnaturalista) e o papel do jurista positivista em alguma medida é alcançado por esta breve exposição.

Em termos estruturais procura-se inicialmente fazer um recorte tendo como *divisor de águas* a elaboração do positivismo jurídico, no contexto da formulação do Estado moderno. Assim, estuda-se o período anterior ao positivismo jurídico. Após isto, são apresentadas as principais características do positivismo jurídico e da teoria pura do direito de Hans Kelsen, que se situa como formulação exemplar daquela proposta. Com o que até então fora tratado passa-se a identificar a relação existente no direito moderno entre positivismo jurídico e direito natural. Procurando seguir uma mesma orientação é

apresentado o conceito de direito de Robert Alexy, enquanto uma medida da forma de pensar identificada e possível da formatação da relação moderna entre direito positivo e direito natural².

2. Direito positivo e direito natural até a formulação do Estado como única fonte legislativa – positivismo jurídico

Em termos de linguagem cabe esclarecer, inicialmente, que as referências a *direito positivo* e *direito natural*, as quais permeiam de uma forma geral todo o pensamento jurídico ocidental, encontram-se formuladas propriamente a partir dos juristas medievais. Porém, a concepção moderna, ou dita tradicional, destes termos permite uma reconstrução histórica, uma análise de como se dava esta relação tanto no pensamento clássico, como no direito romano e medieval. Não se antecipa, desde já, a noção que se pode extrair desta construção, a qual em regra aparece praticamente imanente ao estudante de direito, pois desde as primeiras aulas da graduação se depara com esta discussão, o que se faz por uma questão notadamente pedagógica. É preciso em termos científicos afastar-se de noções pré-concebidas, para uma formulação que se propõe ao menos como razoável, podendo esta culminar ou não com perspectivas antes elaboradas. Mas, deste modo, tenta-se possibilitar ao leitor o caminhar em um único sentido do pensar, uma verdadeira construção.

As primeiras indicações oferecidas para a relação entre direito positivo e direito natural podem ser observadas na obra de Norberto Bobbio³. A primeira delas encontra-se não no direito, mas sim na linguagem comum. Trata-se de uma passagem de Aulo Gellio. Nesta *positivo* e *natural* identificam perspectivas diversas. A primeira relacionada à convenção posta pelos homens e a segunda ligada à natureza, enquanto *physis*. Com referência propriamente ao direito tem-se uma primeira identificação em Platão e Aristóteles. A noção presente na obra destes filósofos aproxima em termos jurídicos a idéia expressa em linguagem comum. A justiça natural compõe-se das leis que regulam a natureza, regem o cosmo, enquanto a justiça positiva das leis reguladoras da vida em sociedade. Bobbio identifica em passagem da *Ética nicomachea* de Aristóteles⁴ dois critérios que permitem a distinção entre direito natural e positivo.

O primeiro diz respeito à eficácia geral do direito natural, enquanto o direito positivo somente teria eficácia nas singulares comunidades políticas. Outro ponto que foi utilizado para distinção volta-se para o objeto do direito. O direito natural regula

² A idéia que se pretende esboçar partindo ora dos aspectos gerais da teoria pura do direito, ora com o conceito de direito em Alexy expande-se para as diversas formas do pensar jurídico. Em termos de metodologia v. Larenz, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, Fundação C. Gulbenkian, 1997, pp. 09-261.

³ Bobbio, Norberto, *Il positivismo giuridico*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1996, pp. 01-11.

⁴ A passagem referida é a seguinte: "Del giusto civile una parte è di origine naturale, un'altra si fonda sulla legge. Naturale è quel giusto che mantiene ovunque lo stesso effetto e non dipende dal fatto che ad uno sembra buono oppure no; fondato sulla legge è quello invece, di cui non importa com'esso sai, una volta che sai sancito (Dalla traduzione di A. plebe, ed. Laterza, pp. 144-145)" [Da justiça civil uma parte é de origem natural, outra se funda na lei. Natural é aquela justiça que mantém em toda parte o mesmo efeito e não depende do fato de que pareça boa a alguém ou não; fundada na lei é aquela, ao contrário, que não se importa com sua origem, mas sim como é, uma vez sancionada]. Norberto Bobbio, *Il positivismo*, ob. cit., p. 05.

comportamentos tidos como bons em si mesmos, já o direito positivo é indiferente a esta noção, pois disciplina os comportamentos humanos. A partir de sua disciplina deve-se atuar conforme as prescrições enunciadas, já que de outra forma seria vedado⁵.

No direito romano também se pode de alguma forma identificar a relação entre direito positivo e direito natural. Aqui a análise inicia-se partindo da distinção entre *ius civile* e *ius gentium* de Gaio, além da dicotomia de Paolo em *ius civile* e *ius naturale*. Para estes juristas romanos a distinção remonta a qualificação jurídica dos institutos presente em cada regramento parcial do direito. Assim, o Direito compõem-se, para utilizar a terminologia de Gaio, tanto do *ius civile*, quanto do *ius gentium*. A distinção entre estes dois campos do direito é inicialmente ofertada por sua fonte, sendo depois, com a integração do pensamento de Paolo, acrescentado algo que poderíamos denominar de alcance e utilidade⁶.

No que diz respeito à fonte o direito natural (= *ius gentium* ou *ius naturale*) encontra-a na razão natural, já o direito positivo (= *ius civile*) tem sua fonte no povo. Disto pode-se identificar mais um critério distintivo, o que é feito por Bobbio⁷. Trata-se de compreender o direito natural como imutável no tempo e espaço e o direito positivo como mutável tanto no tempo, como no espaço. Acrescentando a estes pontos distintivos o pensamento de Paolo, tem-se ainda que o direito positivo esta restrito no espaço e no tempo, o que não ocorre com o direito natural que é universal e imutável, tem-se ademais que o direito natural estabelece o que é bom, enquanto o positivo observa o que é útil.

Estes critérios apresentados fundam-se na divisão dúplici de Gaio e Paolo. Todavia, atribui-se uma construção tricotômica do direito a Ulpiano: *ius naturale* (comum a todos animais), *ius gentium* (comum a todos os homens) e *ius civile* (comum a todos cidadãos). Não importa adentrar nesta nova classificação. Porém, o interessante é consignar, a modo de conclusão parcial, que subjacente a esta nova divisão do direito mantém-se um olhar voltado para um estado de natureza e outro para a sociedade civil⁸.

O passo seguinte é investigar de que forma se estabelece esta relação no período medieval. Dado histórico, mas relevante, é que neste período que se identifica pela primeira vez à utilização do termo *ius positivum*. Atribui-se a primeira aparição, a partir do estudo desenvolvido por Kuttner, ao filósofo medieval Abelardo⁹.

⁵ Esta distinção faz-se fundamental para o desenvolver do positivismo jurídico, especialmente, para a pretendida pureza (*Reine*) da ciência do direito em Kelsen.

⁶ Cf. Giacomo Gavazzi, *Diritto Positivo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, tomo V, p. 989.

⁷ Norberto Bobbio, *Il positivismo*, ob. cit., pp. 06-07.

⁸ Cf. Giacomo Gavazzi, *Diritto Positivo*, ob. cit., p. 989. “*La distinzione sfuma così in una contrapposizione, i cui termini reali non sono però ius naturale da un lato e ius gentium e ius civile dall’altro, ma stato di natura da una parte e dall’altra la società civile*” [A distinção desaparece conseqüentemente como contraposição, cujos termos reais não são porém *ius naturale* de um lado e *ius gentium* e *ius civile* do outro, mas estado de natureza e sociedade civil].

⁹ Outros autores atribuem a Damaso, Giacomo Gavazzi, *Diritto Positivo*, ob. cit., p. 990 em sentido contrário Norberto Bobbio, *Il positivismo*, ob. cit., pp. 07-09.

Neste período tem peculiar importância a doutrina canônica. Os canonistas a partir das divisões do direito romano apresentam uma nova proposta, sendo que esta se mostra bastante próxima da problemática que se diz moderna da relação entre direito natural e direito positivo. “*Graziano infatti identifica lo ius naturale con lo ius divinum e riunisce lo ius civile e lo ius gentium nell’unica categoria dei mores*” [Graciano de fato identifica o *ius naturale* com o *ius divinum* e reúne o *ius civile* e o *ius gentium* na única categoria dos *mores*]¹⁰. A divisão canonista apresenta algo de novo. O direito natural assume veste eminentemente jurídica, isto é, com efetividade prescritiva, pois até então tinha seu caráter mais ligado as obrigações políticas. Tanto o é que para os canonistas na existência de conflitos entre *ius naturale* e o *mores* tem prevalência o direito natural.

Mesmo frente a esta nova proposição o que se mantém é a noção do direito positivo como direito posto pelos homens e direito natural como aquele não posto pelos homens, mas por algo além do homem (Deus, Natureza etc.).

Neste caminhar histórico chega-se aos jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, procurando apresentar a relação identificável neste período Bobbio aborda passagens de H. Grotius. Para este autor o direito natural seria aquele ditado pela razão humana, enquanto o direito positivo, ou civil, derivado do poder civil, o que significar dizer aquele de origem estatal. O aspecto importante deste momento volta-se menos ao conteúdo e mais ao método utilizado pelo jusnaturalistas: identifica-se o direito natural por uma construção racional. Surge uma nova relação que ganha importância: direito e Estado. Entrementes, independente desta problematização tem relevância consignar que o jusnaturalismo moderno ora se aproxima de uma visão estadista (v.g. Hobbes, Rousseau e Kant) ou ora se mantém em consonância com a proposta de Tomás de Aquino, segundo a qual o direito natural é antecedente fundamental do Estado, e, portanto, tem sobre ele relevância fornecendo os princípios diretivos. O que ressalta disto é a conclusão de Gavazzi: “*Per una via o per l’altra non ha quasi più senso parlare di contrasto fra diritto naturale e positivo: non há più senso perchè il passaggio dal diritto naturale al diritto positivo é un passaggio necessario*” [Por uma via ou por outra não se tem mais sentido falar de contraposição entre direito natural e positivo: não existe mais sentido visto que a passagem do direito natural para o direito positivo é uma passagem necessária]¹¹.

A conclusão apresentada pelo professor da Universidade de Torino é parcial. Volta-se para negar uma relação de contraposição fundante entre direito positivo e direito natural nos séculos XVII e XVIII. Esta negação da contraposição é marcada pela noção emergente do positivismo jurídico, o qual será estudado de forma particularizada.

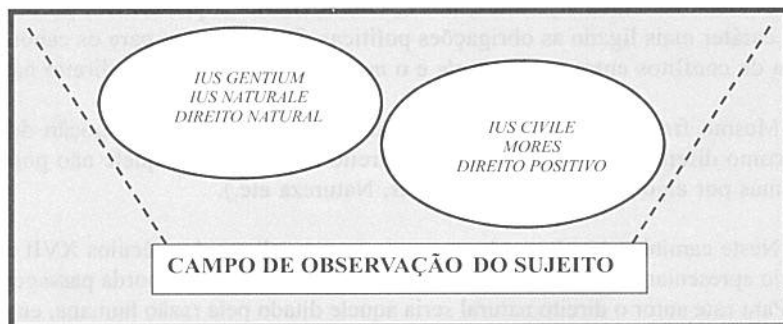
Antes de iniciar uma reflexão mais geral sobre o que anteriormente foi dito, pela clareza e sistematização, vale apontar os critérios utilizados para distinção entre direito positivo e direito natural neste período histórico selecionados por Bobbio, pois

¹⁰ Giacomo Gavazzi, *Diritto Positivo*, ob. cit., p. 990.

¹¹ Giacomo Gavazzi, *Diritto Positivo*, ob. cit., pp. 990-991.

são apresentados de forma sintética: universalidade – particularidade; imutabilidade – mutabilidade; natureza – poder do povo (origem do direito); razão – vontade (como o direito é conhecido); ações boas em si mesmas – ações qualificadas (objeto do direito) e bom – útil¹².

TABELA 1. RELAÇÃO ENTRE DIREITO POSITIVO E DIREITO NATURAL ATÉ O POSITIVISMO JURÍDICO PELA ÓTICA DE UM OBSERVADOR EXTERNO



Importa a partir desta rápida aproximação na história do direito natural e do que se entendeu por direito positivo responder a indagação objeto do texto, tendo em vista esta primeira parte, que pode ser formulada assim: pode-se afirmar que no período apresentado a relação entre direito natural e direito positivo caracteriza uma relação de oposição? Neste período da história do direito não se pode afirmar que a relação entre direito positivo e direito natural seja uma relação de oposição. Como visto de uma forma geral o direito natural está ligado ao direito que deriva da natureza, seja esta divina ou da prática de todas as pessoas, ou dito em forma mais técnica, por se tratar de uma tentativa de formulação conceitual, seria “*affermare che la dimensione della giuridicità non coincide nel suo principio con quella del diritto posto dal legislatore all’interno della comunità politica alla quale egli è preposto*” [afirmar que a dimensão da juridicidade não coincide no seu princípio com a do direito posto pelo legislador no interior da comunidade política da qual é preposto]¹³, enquanto o direito positivo expressa o produto da decisão e vontade humana. Estas noções como dito não se contrapõem, pois são distinções realizadas no interior do conceito de direito. O exemplo talvez mais simples e claro seja o do direito romano. Seja *ius civile* ou *ius gentium* ambos são direito, entretanto com campo de incidência diverso. O que se pode identificar, especialmente, a partir do desenvolvimento desta relação no período medieval é uma gradação, o que não significa em hipótese alguma contraposição¹⁴. Afinal, como deixa claro Bobbio: “*diritto*

¹² Norberto Bobbio, *Il positivismo*, ob. cit., p. 11

¹³ D’Agostinho, Francesco, *Filosofia del Diritto*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1993, p.71.

¹⁴ Neste sentido: “O direito natural é o conjunto de leis naturais especificamente reguladoras das relações entre os homens. Desprezando, porém, esse deslize, o que eles reconheciam é que as regras jurídicas não se esgotavam nas leis editadas pelos detentores do poder, mas que haveria regras jurídicas acima destas, subsumidas num ordenamento maior, que reúne as leis da natureza. O direito seria apenas um capítulo no todo da legislação natural, e teria por fim conduzir o homem à justiça, à equidade e à bondade [...]”. Mendonça, Jacy de Souza, *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 36-37.

naturale e diritto positivo erano tutti e due qualificati come diritto nella stessa accezione del termine" [direito natural e direito positivo eram ambos qualificados como direito na mesma aceção do termo]¹⁵.

3. Breves apontamentos sobre o positivismo jurídico

Neste tópico procura-se continuar o desenvolver no tempo do pensamento jurídico, tendo sempre como objeto de investigação ao fundo a relação entre direito positivo e direito natural.

Como visto até então, a partir do direito medieval, especialmente com os canonistas, o direito natural ganha *status* de norma prescritiva, além disso os jusnaturalistas alteram o método da identificação do direito natural que passa a ser eminentemente racional. Porém, como se verá, com o surgimento da noção de Estado o debate acerca da relação entre direito positivo e direito natural se alterará brusca-mente, já que será inadequado a partir de então fazer esta divisão, visto que direito é o direito posto pelo Estado. Nesta perspectiva, a concepção naturalista do direito volta-se a uma postura diferenciada. Notadamente a filosofia jurídica assume esta perspectiva enquanto uma atitude crítica ao direito positivo. Cabe neste item apenas abordar as principais características do positivismo jurídico, pois os demais aspectos serão posteriormente versados.

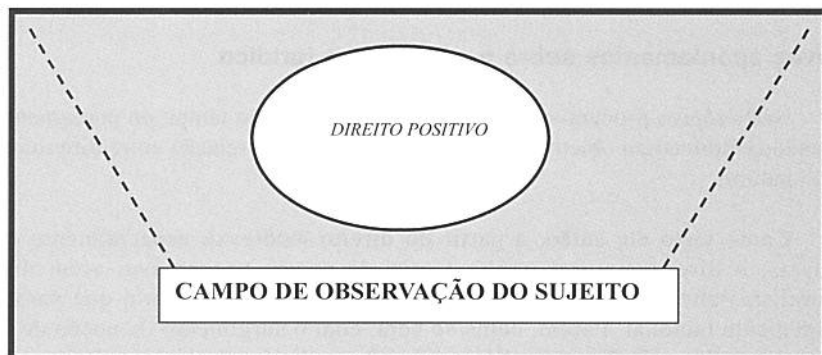
O contexto histórico em que se observa a formulação do que se vai nomear positivismo jurídico desenvolve-se com o surgimento e formulação do Estado moderno. Vigente na realidade até então eram as sociedades pluralísticas, onde cada agrupamento social estabelecia um próprio ordenamento jurídico. Dito em outras palavras: o direito era um produto da sociedade civil. Porém, com a formulação do Estado moderno a estrutura antes plural passa a ser concentrada unicamente na figura do Estado, ou seja, é ele o único detentor do poder de criar normas jurídicas. Tal situação foi denominada por Bobbio como *processo di monopolizzazione giuridica da parte dello Stato* [monopolização jurídica por parte do Estado].

Este processo de monopolização denominado pelo jurista italiano é compreendido e explicado pelo mesmo a partir da posição do juiz na ordem jurídica¹⁶. Inicialmente o direito pode ser compreendido como um conjunto de regras obrigatórias, que por sua violação implica no envolvimento de um terceiro (juiz), o qual resolverá a controvérsia, aplicando uma sanção ao violador da norma. Em período anterior a formulação da noção de Estado este *juiz* não estava vinculado a aplicar as normas estatais, podendo decidir com base no costume ou na equidade, ou seja, tanto o direito positivo e direito natural eram direito. Porém, com o Estado este *juiz* transforma-se em seu funcionário, sendo que nas situações que é chamado para solucionar conflitos deve aplicar somente as normas estatais, ou aquelas autorizadas pelo Estado.

¹⁵ Norberto Bobbio, *Il positivismo*, ob. cit., p. 14.

¹⁶ Norberto Bobbio, *Il positivismo*, ob. cit., pp. 15-18.

TABELA 2. POSITIVISMO JURÍDICO E A RELAÇÃO ENTRE DIREITO POSITIVO E DIREITO NATURAL PELA ÓTICA DE UM OBSERVADOR EXTERNO



Um aspecto elementar parece poder ser extraído desta ínfima idéia apresentada da relação entre a formação do Estado moderno e o positivismo jurídico. Para o positivismo jurídico não há mais qualquer distinção interior ao conceito de direito, designadamente entre direito natural e direito positivo, pois direito é o direito posto ou reconhecido pelo Estado. A questão a partir de então se volta para se tal ou qual situação é ou não jurídica, o foco do problema é efetivamente alterado. Falar-se em direito positivo é agregar um adjetivo a um substantivo que por si só já tem a característica que se quer demonstrar (= pleonasma). Neste sentido:

“Giacchè questo chiedono giuristi e non giuristi quando si parla di diritto positivo: non di sapere se un determinato istituto giuridico o determinate regole giuridiche siano di diritto naturale o di diritto positivo (problema che interessava i romani, i glossatori e i canonisti, ma che già aveva perduto significato per giusnaturalisti del XVIII secolo, ad eccezione di quelli che sostenevano l’esistenza di diritti naturali soggettivi), bensì di sapere se un determinate istituto o determinate regole sono giuridiche o no; in altre perole il problema della positività non è più un problema di qualificazioni, ma un problema di definizione del concetto di diritto, problema non più della giurisprudenza ma della filosofia del diritto” [Já que sobre isto perguntam juristas e não juristas quando se fala de direito positivo: não se procura saber se um determinado instituto jurídico ou determinada regra jurídica são de direito natural ou de direito positivo (problema que interessava aos romanos, aos glosadores e canonistas, mas que já perdeu significado para os jusnaturalistas do século XVIII, com exceção daqueles que sustentavam a existência de direitos naturais subjetivos), mas saber se um determinado instituto ou regra é jurídico ou não; em outras palavras o problema da positividade não é mais um problema de qualificação, mas um problema de definição do conceito de direito, problema não mais da ciência do direito, mas da filosofia do direito]¹⁷.

¹⁷ Giacomo Gavazzi, *Diritto Positivo*, ob. cit., p. 989.

Sendo assim, passa-se a apontar as principais características do positivismo jurídico¹⁸, salientando, desde logo, que se tratam de características gerais, presentes de uma forma mais ou menos acentuada, nas diversas teorias que desenvolveram o positivismo jurídico. Além do que o positivismo, conforme salienta Francesco D'Agostinho, é também uma certa atitude no estudo e elaboração da ciência do direito.

A primeira característica a ser referida considera que o positivismo jurídico investiga o direito enquanto um fato, manifestado na vida real-social. Isto significa que não se levam em consideração valores na apreciação positivista do direito. O segundo aspecto fundamental do direito nesta perspectiva é sua definição. Compreende-se o direito a partir do elemento coatividade, isto é, aquele que tem o uso legítimo da força. No que se refere a sua fonte, o positivismo tem-na na legislação. Tem-se ainda como relevante à teoria da norma jurídica, que compreende a norma como um imperativo e a teoria do ordenamento jurídico, a qual vê no complexo de normas jurídicas um todo dotado de coerência e completude. Ademais, a interpretação na perspectiva positivista assume pouco relevo, tem unicamente um aspecto mecanicista, na medida em que se volta apenas para esclarecer e declarar o direito legislado. Não tem qualquer poder criador ou produtivo de direito. Por fim, tem o aspecto da obediência absoluta da lei enquanto tal.

Destas características apontadas pode-se afirmar que o positivismo é a doutrina jurídica que identifica o direito a partir de duas teses fundamentais. A primeira delas diz respeito à unidade das formas de manifestação do próprio direito, ou seja, todo direito é direito posto pelo homem, é direito positivado. Com isso, o positivista consegue afirmar a inexistência do direito natural, pois só existe uma única forma de direito. A segunda tese é a correlação entre direito e poder. O direito encontra validade em vista de sua imposição pelo Estado. Todo direito é não somente posto, mas também imposto. O direito, portanto, varia conforme as imposições do poder. Deste modo, afirmar ser positivista significa dizer que todo direito é positivo e que todo direito vem do poder.

A expressão mais significativa deste modo de pensar encontra-se talvez em Hans Kelsen. Sendo assim, os aspectos gerais de sua teoria pura do direito são a seguir apresentados. Esclarece-se que após os apontamentos gerais desta perspectiva própria de pensar o direito, representante do positivismo jurídico, retoma-se a problemática da relação agora dita entre positivismo jurídico e direito natural, a qual é o principal objeto da filosofia jurídica moderna.

4. Aspectos elementares da Teoria Pura do Direito – *Reine Rechtslehre*

A teoria desenvolvida por Hans Kelsen assume como primordial objetivo a fundamentação da ciência do direito enquanto ciência. Volta-se a uma construção geral, própria da ciência do direito¹⁹. O passo inicial é dado pela distinção entre juízos do *ser* e do

¹⁸ Norberto Bobbio, *Il positivismo*, ob. cit., pp. 130-132; Francesco D'Agostinho, *Filosofia del Diritto*, ob. cit., pp.101-109 dentre diversas obras.

¹⁹ "Quando se intitula Teoria 'Pura' do Direito é porque se orienta apenas para o conhecimento do direito e porque deseja excluir deste conhecimento tudo o que não pertence a esse exato objeto jurídico. Isso quer dizer: ela expurgará a ciência do direito de todos elementos estranhos. Este é o princípio fundamental do método e parece ser claro". Kelsen, Hans, *Teoria Pura do Direito – versão condensada pelo próprio autor*, tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo, RT, 2002, p.51.

dever ser. Cada um destes modos de explicação é apresentado independente do outro e se compõe por método próprio. O *ser*, compreendido por Kelsen como modo *explicativo*, procura descrever os fatos e explicar suas causas. Todavia, o *dever ser*, denominado por Kelsen de observação *normativa*, verifica a partir de uma norma o conteúdo de um dever-ser.

O objeto de sua construção científica é o complexo de normas. A idéia de pureza de sua teoria manifesta-se exatamente neste ponto. Deve-se excluir toda e qualquer intromissão em seu objeto. Afasta-se, assim, qualquer interferência das ciências dos fatos, bem como de aspectos relacionados à moral. Tem-se, por isso, total afastamento do direito natural, visto que Kelsen não se preocupa com o conteúdo da norma jurídica, mas sim com a maneira que foi produzida: é uma elaboração formal. Neste sentido, aponta Larenz: “*Por isso continua ele [Kelsen], ‘pode qualquer conteúdo que deseje ser Direito. Não existe comportamento humano que, em si mesmo, graças àquilo em que consiste, possa ser excluído como conteúdo de uma norma jurídica’.* O positivismo jurídico não pode ser formulado de modo mais claro do que nestas suas frases”²⁰.

A unidade e coerência formal de sua construção teórica é devida à norma fundamental. Esta é a efetiva legitimação de uma autoridade produtora de normas. Ocorre que dita norma fundamental é pressuposta. Deste modo, fundamenta-se o dever-ser em uma norma fundamental, a qual deve ser pressuposta, porém se pode dizer no limite que sua justificação encontra-se no próprio funcionamento de modo coercitivo da ordem jurídica positiva²¹.

Para Kelsen o dever-ser é uma categoria lógico-formal da qual se prescinde qualquer tipo de conteúdo, importa somente sua validade tendo como pressuposto uma norma fundamental, além de que, em vista de considerar o direito como uma ordem coercitiva, o reconhecimento de uma norma jurídica a esta noção está ligado. É interessante apontar que para o autor as proposições jurídicas dizem respeito ao conteúdo do dever-ser, enquanto as normas jurídicas apresentam injunções, permissões e autorizações. Na formulação esquemática na qual se afirma que um determinado comportamento implica uma sanção, Kelsen tem sua atenção voltada para a sanção. Com isso, reformula o conceito de ilícito.

Não se compreende como ilícito o comportamento reprovável, mas simplesmente, sem qualquer perquirição de valores, considera-se ilícito o ato ao qual uma certa ordem jurídica atribui como consequência uma sanção. Assim, fala-se em norma primária, que é aquela que estatui o ato de coerção, e em norma secundária, sendo esta a que define o comportamento passível de sanção. A partir de então ocorre uma verdadeira revisão de conceitos por parte de Kelsen, dentre estes: dever jurídico, pessoa, direito

²⁰ Larenz, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 97.

²¹ Como salienta Kelsen: “*Com a formulação da norma fundamental, a Teoria Pura do Direito não pretende inaugurar um novo método de conhecimento da doutrina jurídica. Deseja apenas salientar o que todos os juristas – quase sempre sem o saber – fazem quando, na apreensão de seu objeto, recusam um direito natural do qual se poderia originar a validade do ordenamento jurídico positivo, além de esse direito positivo ser um ordenamento válido, não apenas como um fato, ligado à motivação, mas como norma*”. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, ob. cit., p. 99.

subjetivo, etc. O dado comum é que estes são elaborados não a partir de dados concretos, mas sim com base na ciência pura do direito. Em termos exemplificativos pode ser transcrita uma passagem em que Larenz faz referência à elaboração conceitual de pessoa pela teoria kelseniana:

“O essencial é que a pessoa deve aqui ser tomada em consideração, para a ciência do direito, não segundo o seu significado ético – como um ser que autodetermina a sua própria acção, que está sob uma certa exigência de dever e, conseqüentemente, é responsável, tendo uma pretensão de respeito em confronto com os outros e devendo a esses outros igualmente respeito -, mas apenas no seu significado lógico-formal, como uma espécie de ponto de referência no sistema de coordenadas das relações jurídicas”²².

Os aspectos parciais abordados da elaboração teórica kelseniana procuram de alguma forma, mesmo que bastante sucinta, identificar a teoria pura do direito como exemplo teórico da perspectiva positivista. Se proposto o cotejo entre os caracteres gerais do positivismo e a proposta presente na teoria pura poder-se-á constatar uma intensa aproximação, praticamente uma unicidade, pois o grande expoente desta forma de pensar o direito é o próprio Kelsen. O elemento talvez mais importante na discussão que percorre o presente texto encontra-se num dos aspectos preliminares para o desenvolver da teoria, qual seja: a distinção entre *ser* e *dever-ser*, o que leva ao afastamento de aspectos das ciências dos fatos, que em tese é valorativa, e aponta para uma categoria própria, pura (*Reine*), ou também formal.

5. Direito natural enquanto crítica do positivismo jurídico: Gustav Radbruch e sua crítica ao positivismo

Retomando a relação entre direito natural e positivismo jurídico esta aparece agora não como o resgate do direito natural em seus principais critérios diferenciadores (universalidade, imutabilidade, etc), mas sim como uma certa atitude, pois como visto a adjetivação do direito não se mostra correta. Trata-se de uma atitude de crítica ao positivismo desenvolvida pela filosofia jurídica²³. Assim, a filosofia jurídica assume o papel de crítica da unidade do direito no direito positivo e a identidade existente entre direito e poder, ou seja, crítica o positivismo jurídico. Todavia, o desenvolvimento de uma crítica ao positivismo jurídico por meio de uma atitude jusnaturalista não impõe, deve-se registrar desde logo, uma relação de oposição, mas sim como se verá uma idéia de complementação no desenvolver histórico (item 6, infra).

²² Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, ob. cit, p. 103.

²³ Neste sentido e apresentando de forma muito clara o papel da filosofia do direito v. Giuseppe Lumia, *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2003, pp. 15-20: “Enquanto as ciências jurídicas têm uma função descritiva-explicativa da experiência jurídica, a filosofia do direito tem uma função crítica com relação aos métodos e aos conteúdos das ciências jurídicas” (p. 15).

Procurando exemplificar esta atitude crítica desenvolvem-se algumas considerações a partir do texto *Cinco minutos de filosofia do direito* de Gustav Radbruch²⁴. O que se pretende exclusivamente apresentar é o desenvolvimento de uma postura de crítica ao positivismo, pois em momento posterior esta atitude crítica permitirá pensar a reconstrução (ou talvez, uma re colocação) do direito natural e estabelecer uma proposta de relação com o positivismo jurídico. Assim, chama atenção para o presente contexto não tanto o conteúdo das ponderações de Radbruch, mas sua postura.

No “primeiro minuto” Radbruch apresenta uma crítica direta ao positivismo. Esta crítica aparece no texto pela comparação do jurista positivista ao soldado nazista. Ambos, inicialmente, seriam parecidos, pois obedecem à lei posta. Entretanto, ao passo que para o soldado alemão a obrigatoriedade e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem visa a prática de um crime, o jurista não conhece exceções. O jurista positivista, nesta perspectiva, perde a noção de crítica. Sabe apenas obedecer. Assim, o jurista só concebe o direito enquanto direito positivo, ou seja, a *lei é a lei* e a lei é a lei sempre que tiver *força* para se fazer impor. Diante desta realidade o jurista, que deveria defender a sociedade, tornou-se seu próprio inimigo. Deste modo, é preciso fazer uma crítica deste jurista positivista (paradoxo em Pórcia). Faz-se necessária uma alternativa para a relação entre direito e poder. A alternativa aparece pelo resgate de alguma idéia de valor. Surge assim no texto o utilitarismo. Os utilitaristas procuram substituir a idéia de força como validade do direito, sendo por isso vistos como uma saída ao positivismo.

O “segundo minuto” volta-se para verificar se efetivamente o utilitarismo apresenta uma saída ao positivismo. Esta perspectiva filosófica compreende o bem como a utilidade de algo. O direito não se reduz a força, pode ser avaliado conforme sua utilidade (só onde estiver o útil ao povo estará o direito). Todavia, o utilitarismo não apresenta uma efetiva saída ao positivismo. Utilitarismo e positivismo chegam ao mesmo resultado partindo de pontos distintos, já que a concepção de bem depende dos detentores do poder. Pela noção utilitarista seria possível justificar a violência se o resultado for afirmado como sendo útil ao povo. Além disso, somente determinadas pessoas apontarão o que é o bem comum.

Uma outra saída é tentada por Radbruch no “terceiro minuto” de seu texto. A saída para o positivismo estaria então na justiça, sendo esta entendida como igualdade e razão. No “quarto minuto” o autor faz uma concessão tanto aos positivistas, quanto aos utilitaristas, estabelecendo que direito é a composição de três valores: justiça, bem comum e segurança. De fato, o jurista pode compreender como direito a ponderação deste três valores. Porém, ainda faltam critérios para ponderação, o que implica novamente uma certa vinculação ao árbitro.

²⁴ Radbruch, Gustav, *Cinco minutos de filosofia do direito*, in *Filosofia do Direito*, Coimbra, Armênio Amado Editor, 1997, pp.415-418.

Fechando seu texto Radbruch procura explicar no “quinto minuto” o porquê da ponderação não ser arbitrio. A ponderação não é arbitrária, pois o direito não é apenas um conjunto de preceitos que asseguram três valores. Além dos preceitos existem os princípios, que atuam como critério para a racionalidade da ponderação. Novo problema enfrenta o autor agora: o que são princípios? Para ele os princípios correspondem aos direitos naturais. O direito é a ponderação que se fundamenta nos princípios que respeitam os direitos humanos. Portanto, direito é a ponderação entre os três valores referidos que tem por fundamento último a dignidade da pessoa humana.

Ao justificar a fundamentação na dignidade da pessoa humana, Radbruch faz um esforço histórico para demonstrar que a dignidade não pode ser posta em dúvida, bem como para demonstrar que ela seria um objeto de consentimento universal. Ora, a sociedade contemporânea apresenta dificuldades para comprovar esses dois argumentos, pois se vive em uma época de fragmentação cultural. Assim, nota-se que, de uma forma geral, é esboçada por Gustav Radbruch uma tentativa de superação do positivismo jurídico. Contudo, ele não consegue desenvolver de forma cabal esta superação, pois as saídas por ele propostas apresentam problemas. Entrementes, o que chama atenção não é o insucesso de Radbruch, mas sim sua atitude frente ao positivismo jurídico. Esta parece ser em alguma medida a perspectiva que assume o direito natural.

6. Positivismo jurídico e direito natural: reconstrução conceitual do direito natural como postura crítica ao positivismo em uma relação construtiva

O ponto preciso agora se volta para um certo sentido da relação estabelecida entre direito natural e positivismo jurídico. A tentativa de superação do positivismo apresentada por Gustav Radbruch sinaliza para uma atitude importante da filosofia jurídica, qual seja: atitude de crítica ao positivismo jurídico. A crítica ao positivismo feita nesta perspectiva não se pauta no conteúdo do direito natural, mas sim na atitude jusnaturalista de crítica. É neste sentido que se pretende apontar a possível relação contemporânea entre positivismo jurídico e direito natural, demonstrando que também nesta perspectiva não se trata de uma relação de oposição. Isto tendo em vista que as propostas positivistas nunca satisfizeram o pensamento humano, pois “*reduzir o direito à vontade do soberano, à vontade do poderoso ou à vontade da lei são propostas, além de perigosas, absolutamente insatisfatórias*”²⁵.

Giacomo Perticone²⁶ apresenta uma elaboração bastante interessante do direito natural. O primeiro passo de sua elaboração é uma reconstrução crítica do conceito de direito natural, tendo como ponto de partida a noção de natureza (enquanto naturalidade) e de contrato que são noções próprias do jusnaturalismo. Por naturalidade não se deve compreender as características atribuídas ao direito natural em certo período, isto é, como algo imutável, absoluto e universal. Perticone se afasta da noção de natureza como abstrata

²⁵ Jacy de Souza Mendonça, *Introdução ao Estudo do Direito*, ob. cit., pp. 49-50.

²⁶ Perticone, Giacomo, *Diritto Naturale (Teoria Moderna)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo V, pp. 953-958.

e física e se aproxima da natureza moral do ser humano (= cultura). Com relação à noção de contrato, enquanto um dos conceitos fundamentais elaborados pela doutrina jusnaturalista, busca-se caracterizar o querer humano na ordem jurídica, a qual não pode ser apagada sob pena de se eliminar o conceito de pessoa, razão única do ordenamento, pois a ordem jurídica volta-se, ou melhor, tem como fim único as relações sociais²⁷. Portanto, “*Dire sistema del diritto naturale vuol dire sistema di norme poste dell'uomo, ragione e volontà, a base della sua vita associata; non vuol dire complesso di fenomeni della natura fisica, cui è estranea la nozione di valore, di dovere, di imperativo dell'azione*” [Dizer sistema de direito natural quer dizer sistema de normas postas pelo homem, razão e vontade, como base da vida associativa; não quer dizer complexo de fenômenos da natureza física, que são estranhos a noção de valor, de dever, de imperativo de ação]²⁸.

O que procura efetivamente fazer Perticone, nesta reconstrução conceitual do direito natural, é identificar como substrato deste direito a realidade social em seu devir histórico²⁹. Chega, inclusive, a afirmar que se trataria da teoria do direito *a contenuto variabile*, formado por um conjunto de princípios fundamentais³⁰. O direito natural deste modo confunde-se com a própria filosofia jurídica³¹, na medida em que pressupõe uma constante revisão do problema do direito, parafraseando novamente o autor citado, o direito natural seria a história do desenvolvimento do direito positivo.

Sendo o direito natural formado pelos princípios fundamentais dentro de um determinado desenvolver histórico racional do homem surge o problema da identificação destes imperativos. As características do direito natural dito antigo, conforme apresentado, podem ser de alguma forma identificadas e enumeradas. A concepção ora proposta de direito natural apresenta como fundamento o próprio fim do direito, que é a pessoa humana, enquanto entidade concreta e definida na história. Neste sentido, vale apontar uma passagem de Perticone: “*La conzione di una legge naturale si giustifica con l'esigenza stessa di portare nella dottrina dello Stato e del diritto il valore originale e fondamentale della persona umana e di collocare questo valore al vertice di tutto il sistema*” [A condição de uma lei natural justifica-se como exigência de levar à doutrina do Estado e do direito o valor originário e fundamental da pessoa humana e o colocar no vértice de todo o sistema]³². A partir deste fim e conteúdo

²⁷ Para uma clara identificação do direito como um dos processos sociais de adaptação v. Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti, *Introdução à Sociologia Geral*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 193.

²⁸ Giacomo Perticone, *Diritto Naturale (Teoria Moderna)*, ob. cit., p. 954.

²⁹ Para Jacy de Souza Mendonça direito natural é “*um conjunto de princípios práticos, que emergem da natureza racional, livre e social do homem, descobertos pela razão, reguladores das relações inter-humanas, visando a conforma-las em função do bem comum*”. Jacy de Souza Mendonça, *Introdução ao Estudo do Direito*, ob. cit., pp. 52-53.

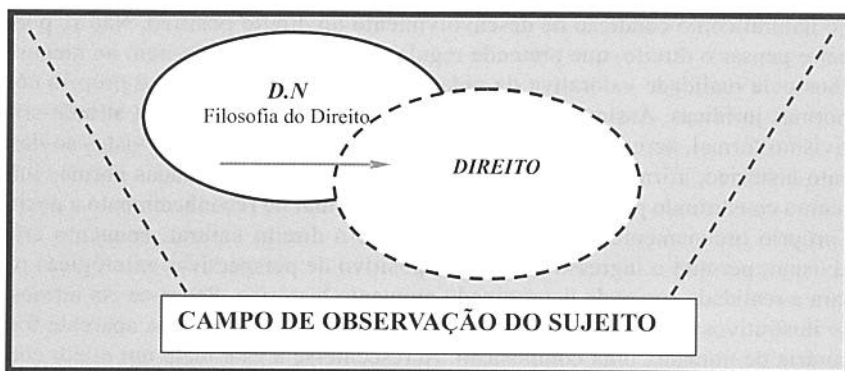
³⁰ Cf. Giacomo Perticone, *Diritto Naturale (Teoria Moderna)*, ob. cit., p. 955. Vale ainda destacar a seguinte passagem da mesma página: “*Non è fuor di luogo osservare qui che gran parte della letteratura europea ha sempre concepito la legge naturale come sintesi di ragione ed esperienza, di natura e storia*” [Não é sem razão observar que grande parte da literatura européia concebeu sempre a lei natural como síntese de razão e experiência, de natureza e história].

³¹ Neste ponto já se justifica em certa medida a aproximação entre a atitude exemplifica no texto de Radbruch e a reconstrução de uma certa definição de direito natural.

³² Giacomo Perticone, *Diritto Naturale (Teoria Moderna)*, ob. cit., p. 955.

próprio o direito natural aproxima-se em sentido de verdadeira complementação ao desenvolvimento da *Reine Rechtslehre*, a qual se fundamenta em uma norma pressuposta e avaliativa, pois o conteúdo e fim desta norma fundamental são reivindicados pelas posições jusnaturalistas. A base, portanto, do direito natural encontra-se na pessoa humana enquanto ser racional e histórico, os princípios e fins do direito emergem da realidade histórica do ser em um certo sistema e não fora deste (cultura). Por isso, a dedução ou identificação e desenvolvimento destes princípios não é arbitrária, pois se contextualizam em um determinado momento histórico, com determinados problemas apontando possíveis soluções.

TABELA 3. POSITIVISMO JURÍDICO E DIREITO NATURAL PELA ÓTICA DE UM OBSERVADOR EXTERNO EM UMA PERSPECTIVA RECONSTRUTIVA



Neste contexto, volta-se a se perquirir sobre como se dá a relação entre positivismo jurídico e direito natural. Afirma-se, desde logo, que efetivamente há uma ligação. O direito positivo, ou melhor o positivismo jurídico levado ao extremo torna-se não direito, pois se afasta do desenvolver da história. O mesmo acontece com a imposição de um direito natural ao extremo, já que este se torna arbítrio e, portanto, também não direito. Assim, não se pode apagar uma relação. O fio que estabelece este vínculo é a vida, a realidade social e histórica em que se desenvolve o ser racional. O direito positivo não pode se afastar do seu próprio conteúdo. Nega-se o afastamento da vida pelo direito.

Esta situação é evitada por meio da aproximação com o direito natural, não direito natural da natureza, na qual vige a lei da causalidade, mas o direito natural do homem enquanto participante do seu próprio desenvolver cultural. Sendo assim, a solução dá-se não pela oposição, que como dito é de alguma forma negar o próprio direito, mas sim conforme afirma, com muita clareza Porticone, "*l'opposizione fra diritto naturale e diritto storico è un'opposizione dialettica tra contenuto e forma, fra l'esigenza della giustizia portatrice di un contenuto storico e la forma astratta della norma che rimane, e finchè rimane*" [a oposição entre direito natural e direito histórico é uma oposição dialética entre conteúdo e forma, entre a exigência de justiça portadora de conteúdo histórico e a forma

abstrata da norma que permanecer]³³. Ora, considerar a relação entre direito natural e positivismo como uma oposição dialética é negar a própria existência de uma oposição, pois há na relação dialética um interagir apontado para uma única direção, qual seja, a construção de um sistema jurídico justo, no qual sua atenção volta-se para os problemas e situações concretas da realidade social. Interessante apontar aqui o que Heinrich Romenn³⁴ denominou de *eterno retorno do direito natural*. Chama atenção referido autor para considerar que os momentos em que aparece com maior força posições não positivistas são as de ocorrência de verdadeiro desprezo a valores humanos. Portanto, há um caminhar junto, mesmo que em alguns períodos às escondidas, do positivismo com uma crítica fundamentada em uma atitude jusnaturalista.

Resta, neste passo, uma única saída. Ou se afasta totalmente o direito natural e seus resíduos, o que em certa medida nem mesmo Kelsen conseguiu, ou se admite o direito natural como condição de desenvolvimento do direito positivo. Não se pode estabelecer e pensar o direito, que pretende regular as relações sociais, sem ao menos passar os olhos pela realidade valorativa da vida, ou seja, sem se observar o próprio conteúdo das normas jurídicas. Assim, o direito natural apresenta-se como uma atitude crítica ao positivismo formal, acrescentando em uma contínua construção, com vistas ao desenvolvimento histórico, afirmações de conteúdo e/ou crítica a determinadas normas jurídicas, bem como construindo princípios que tem seu ciclo final no reconhecimento e positivação pelo próprio ordenamento³⁵. Em outras palavras: o direito natural, enquanto crítica ao positivismo, permite o ingresso no sistema positivo de perspectivas axiológicas relevantes para a realidade social de determinado momento histórico. Pense-se em termos meramente ilustrativos na imagem perceptível de um eclipse solar. Há uma aparente formação temporária de unidade, uma composição. Acrescente-se a esta idéia um efeito contrário, ou seja, com a superposição da atitude crítica ao positivismo este ganha efetivo brilho, cor e vida, ganha fundamentalmente em axiologia.

7. A possibilidade de uma construção do direito com carga valorativa: o conceito de direito em Robert Alexy

Alexy após percorrer uma vasta discussão, que em sua raiz apresenta a relação entre direito positivo e direito natural, seja preliminarmente sobre o conceito e em momento posterior sobre a validade do direito, apresenta a seguinte definição de direito:

³³ Giacomo Perticone, *Diritto Naturale (Teoria Moderna)*, ob. cit., p. 957.

³⁴ Rommen, Heinrich, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, München, 1936, *apud* Francesco D'Agostinho, *Filosofia del Diritto*, ob. cit., p.72.

³⁵ Em sentido próximo: "Eppure, bisogna tornare a ribadire che mai come nel nostro tempo il giusnaturalismo celebra i suoi trionfi. Se infatti, a livello strettamente metodologico, la scienza giuridica contemporanea esita ancora a riconoscere il giusnaturalista lo è comunque nei fatti, come dimostra il rilievo planetario che ha assunto negli ultimi decenni la tematica strettamente giuridica" [Além disso, necessário voltar a repetir que nunca como no nosso tempo o jusnaturalismo celebra os seus triunfos. Se realmente, em termos estritamente metodológicos, a ciência jurídica contemporânea hesita ainda a se reconhecer como jusnaturalista, ainda assim é de qualquer modo nos fatos, como demonstra o relevo planetário que assumiu nos últimos decênios a temática estritamente jurídica]. Francesco D'Agostinho, *Filosofia del Diritto*, ob. cit., p. 80.

“*El derecho es un sistema de normas que formula una pretensión de corrección, consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección*” [O direito é um sistema de normas que formula uma pretensão de correção, consiste na totalidade das normas que pertencem a uma Constituição em geral eficaz e não são extremamente injustas, como também na totalidade das normas promulgadas de acordo com esta Constituição e que possuem um mínimo de eficácia social ou de probabilidade de eficácia e não são extremamente injustas e a que também pertencem os princípios e os outros argumentos normativos em que se apóia o procedimento de aplicação do direito e/ou tem que se apoiar a fim de satisfazer a pretensão de correção]³⁶.

O que torna esta definição relevante para esta oportunidade é o acoplamento por ela realizado da crítica desenvolvida pela postura jusnaturalista (como ver o eclipse). Sendo assim, em alguma medida o autor procura, dito de forma simples, “não desagradar gregos e troianos”. Compõe-se de aspectos relevantes tanto para a perspectiva positivista, quanto para aqueles que a criticam.

A definição apresentada por Alexy apóia-se em três argumentos (correção, injustiça e princípios). Tanto no segundo, quanto no terceiro há a presença de uma perspectiva não positivista.

O primeiro aspecto, dito não positivista, apresenta-se como uma tentativa de restrição a seus pressupostos. Pode-se negar validade as normas de uma dada Constituição, as quais a princípio apresentam plena eficácia social, por estas serem extremamente injustas. A mesma situação ocorre com relação às normas isoladas.

O outro ponto de interesse nesta definição diz respeito à incorporação conceitual do procedimento de aplicação do direito (...*principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección...*) [...princípios e os outros argumentos normativos em que se apóia o procedimento de aplicação do direito e/ou tem que se apoiar a fim de satisfazer a pretensão de correção...]. Enquanto o aspecto inicialmente abordado formula uma restrição do conceito positivista do direito, com base no critério de extrema injustiça, este amplia a extensão daquilo que pertence ao direito. Tudo aquilo que o aplicador do direito se apóia ou tem que se apoiar ingressa no direito, o que significa dizer que os princípios até então tidos como não jurídicos e os argumentos normativos que fundam determinada decisão convertem-se em elementos de direito. Como pontua

³⁶ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2004, p.123.

Alexy: “La cláusula ‘apoya y/o tiene que apoyarse’ expresa el juego de las dimensiones real e ideal de la aplicación del derecho” [A cláusula ‘apóia e/ou tem que se apoiar’ expressa o jogo das dimensões real e ideal da aplicação do direito]³⁷.

Como se pode observar a partir da elaboração conceitual de direito de Robert Alexy, mesmo que seja esta uma construção teórica ou filosófica própria, tem-se o resultado de uma certa atitude crítica com relação ao positivismo jurídico. Mostrou-se possível uma constituição da noção de direito como resultado do processo dialético que teve como premissa concepções tanto do direito natural, quanto do direito positivo (= positivismo jurídico).

8. Ponderações finais

A referência a este último item como *ponderações finais* procura deixar bastante evidente que todas as reflexões que percorrem o texto estão muito longe de se fazerem simplesmente como *conclusivas*, isto é, não se pretende esgotar a temática afirmando ou negando de modo categorial o perfil da relação estabelecida entre positivismo jurídico e direito natural no pensamento jurídico. Porém, a partir do encadeamento apresentado no próprio desenvolver do texto torna-se possível apontar para um sentido desta relação.

No período anterior à *monopolização jurídica pelo Estado* parece ser mais simples considerar que a relação estabelecida entre direito positivo e direito natural não é uma relação de oposição, já que se observava o direito natural enquanto um dos *direitos* aplicáveis. Não cabe considerar a superioridade de um ou de outro em certo período histórico como forma de afirmar uma certa oposição, pois aí se identifica apenas uma relação de gradação, mas não de oposição.

Contudo, a partir do positivismo jurídico a situação faz-se bastante complexa. Primeiro só existe direito, não se mostra mais correta qualquer forma de adjetivação. Desaparece então o denominado direito natural? Em termos sim, pois não há um outro direito, senão o posto pelo Estado. Todavia, frente a insatisfatoriedade gerada pelo positivismo há um resgate pela filosofia jurídica da atitude jusnaturalista de crítica ao positivismo (Radbruch). Neste ponto parece ser identificada a chave para compreender a relação existe no direito moderno. A postura crítica da filosofia do direito em relação ao positivismo não se compreende, enquanto crítica, em uma mera oposição, mas enquanto fórmula de construção do próprio direito positivo na história (dialética).

Sendo assim, pode-se considera, a partir das premissas apresentadas, que de uma forma ampliativa e em seus aspectos gerais a relação entre direito positivo e direito natural, posteriormente, positivismo e atitude crítica, no pensamento jurídico não é uma relação de oposição³⁸.

³⁷ Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, ob. cit., p.126.

³⁸ Procurando exemplificar com uma situação concreta, na qual em tese poderiam ser identificadas estas formas de pensar (positivismo e crítica ao positivismo com referência a uma idéia de direito natural) transcreve-se o resumo de uma parte da decisão do Recurso

9. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2004,

BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1996.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 2003.

D'AGOSTINHO, Francesco. *Filosofia del Diritto*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1993.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito (técnica, decisão e dominação)*, 4ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2003.

GAVAZZI, Giacomo. Diritto Positivo, in *Novissimo Digesto Italiano*, tomo V.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Extraordinário n.º 414426/SC publicado no Informativo do STF nº 406/2005. O que chama atenção em paralelo com a argumentação desenvolvida no texto é a saída articulada pela Ministra relatora. Para compatibilizar a liberdade constitucional de exercício de profissão e a previsão também constitucional de que estabilidade pode sofrer limitações em vista de regulamentação legal. No caso a profissão de músico encontra-se regulamentada e para exercê-la é necessário observar a regulamentação (lei, o direito posto por autorização constitucional). Esta lei dispõe que o músico que estiver com suas anuidades atrasadas não pode exercer a profissão. Porém, articula a Ministra de modo bastante interessante que a liberdade do músico diz respeito à própria essência de sua liberdade artística (essência como dado não normativo de conteúdo para o artigo 5º, IX CF) e, por isso, a obrigatoriedade da inscrição na OMB para se apresentar é uma exigência proibida pelo texto constitucional. "Músico e Liberdade do Exercício de Profissão. A Turma iniciou julgamento de recurso extraordinário interposto contra acórdão do TRF da 4ª Região que, com base no art. 5º, incisos IX e XIII, da CF, entendeu que a atividade de músico não depende de registro ou licença e que a sua livre expressão não pode ser impedida por interesses do órgão de classe, haja vista que este dispõe de meios próprios para executar anuidades devidas, sem vincular sua cobrança à proibição do exercício da profissão. A recorrente, Ordem dos Músicos do Brasil/OMB - Conselho Regional de Santa Catarina, sustenta, a inadequação do *mandamus* contra lei em tese e a afronta aos arts. 5º, IX, XIII, e 170, parágrafo único, ambos da CF, sob a alegação de que o livre exercício de qualquer profissão ou trabalho está condicionado pelas referidas normas constitucionais às qualificações específicas de cada profissão e que, no caso dos músicos, a Lei 3.857/60 estabelece essas restrições. Aduz, ainda, que possui poder de polícia. A Min. Ellen Gracie, relatora, negou provimento ao recurso, no que foi acompanhada pelo Min. Joaquim Barbosa. Inicialmente, considerou adequada a via do mandado de segurança, porquanto os recorridos insurgem-se contra ato concreto de fiscalização emanado da OMB, e que afronta ao art. 170 da CF não fora prequestionada (Súmulas 282 e 356 do STF). No tocante à alegada ofensa aos incisos IX e XIII do art. 5º da CF, asseverando que a liberdade do exercício de profissão neles assegurada pode sofrer limitações com vistas ao interesse público, entendeu que as exigências de inscrição na OMB e de o afiliado estar em dia com o pagamento de anuidade ferem o livre exercício da profissão. afirmou que, na hipótese da música, a livre expressão artística é de sua essência e, por conseguinte, a obrigatoriedade de inscrição na OMB para que os profissionais da música se apresentem profissionalmente equivale à exigência de licença expressamente proibida pelo art. 5º, IX, da CF. Ademais, salientou que a exigência de comprovação de pagamento de anuidade é despropositada, visto que, conforme acentuara o acórdão impugnado, a recorrente possui outros meios legais para efetuar a cobrança. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Gilmar Mendes". RE 414426/SC, rel. Min. Ellen Gracie, 18.10.2005. (RE-414426)

KELSEN, Hans. La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia, in *Qué es justicia?*, Barcelona, Editorial Ariel, 1992.

_____. *Teoria Pura do Direito – versão condensada pelo próprio autor*, tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo, RT, 2002.

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2003.

MENDONÇA, Jacy de Souza. *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo, Saraiva, 2002.

PERTICONE, Giacomo, Diritto Naturale (Teoria Moderna), in *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo V.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Introdução à Sociologia Geral*, Rio de Janeiro, Forense, 1980.

RADBRUCH, Gustav. Cinco minutos de filosofia do direito, in *Filosofia do Direito*, Coimbra, Armênio Amado Editor, 1997.