

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 40 • nº 160

outubro/dezembro – 2003

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

# **Em busca do direito perdido: uma crítica ao direito natural e ao direito positivo**

Alexandre Miguel

## Sumário:

Introdução. O Direito Natural. O ideal de Justiça. Crítica do positivismo ao jusnaturalismo. Crítica do jusnaturalismo ao positivismo. A união entre o jusnaturalismo e o positivismo. O papel do direito natural e do positivismo nos direitos humanos.

## *Introdução*

Sempre que se afirma que o direito está em crise, surge a necessidade de revisitar ideais do direito natural, inclusive sua concepção de justiça. Mesmo assim, ao longo dos séculos, o jusnaturalismo tem recebido severas críticas, por tornar-se abstrativista, o que, em certa medida, abriu espaço à proliferação do positivismo jurídico.

No entanto, o positivismo jurídico limitou o direito apenas à norma legal — chegando alguns a assegurar que a justiça está presente apenas nessas normas (justiça convencional) —, o que o levou ao afastamento dos diversos problemas sociais que necessitam de solução por parte do direito para realização concreta da justiça.

Tal posicionamento vem exigindo do homem do Direito, principalmente do hermenêuta, um novo pensar, um novo caminhar. Em decorrência disso, o direito natural retornou ao cenário jurídico com as suas idéias quanto ao respeito à pessoa humana e à aplicação da justiça. Só que, hoje, esse direito natural não pode ser entendido como no passado. Ao lado dele deve estar presen-

Alexandre Miguel é Juiz de Direito em Porto Velho, RO.

te o direito positivado, cuja observância se torna necessária em um estado democrático de direito.

No cenário atual, deve-se procurar conciliar o direito natural com o direito positivo, na ansiosa busca de um direito que — embora não ideal, dada a falibilidade e imperfeição do ser humano, ao menos próximo disso — permita sonhar com um ideal do Direito, ou, quiçá, com um Direito ideal.

### *O Direito Natural*

Desde logo deve ficar registrado que é extremamente difícil definir ou conceituar o direito natural, principalmente se levarmos em conta que se pode com a palavra *direito* alinhar uma infinidade de conceitos e, se não fosse só isso, com a palavra *natureza* outro tanto de conceitos poderiam ser concebidos, mormente quando utilizados para definir o direito natural.

Com efeito, a expressão direito natural comporta diversas acepções em paralelo com as que correspondem ao termo direito, e podem ser resumidas: a) aquilo que é devido, como objeto da justiça, por força da natureza das coisas, isto é, o justo natural (direito natural em sentido objetivo); b) as normas jurídicas naturais, ou seja, a *lex naturalis iustitiae* propriamente dita (direito natural em sentido normativo); c) os direitos subjetivos naturais ou, simplesmente, direitos naturais, a que também se tem chamado direitos originários, inatos, humanos ou fundamentais (direito natural na acepção subjetiva); d) o saber acerca do direito material (direito natural em sentido epistemológico).

No entanto, é usual a concepção de que o direito natural não é aquele posto pelos homens, seja por meio de normas ou pela jurisprudência, mas, sim, algo que está acima do próprio homem ou dentro dele mesmo. Essa visão deixa transparecer que o Direito Natural é algo ideal, isento de falhas e rigorosamente justo e correto.

Hugo GRÓCIO (apud BITTAR; ALMEIDA, 2001), entretanto, traz uma definição

de direito natural marcada pelo racionalismo: 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 a própria natureza racional do homem, e a mostrar que tal ato é, em conseqüência disso, vetado ou comandado por Deus, como autor da natureza.

Para melhor compreender o direito natural, é necessário ter uma sumária visão histórica de suas passagens, que podem ser divididas em quatro importantes fases:

a) *Jusnaturalismo da Antigüidade Greco-Romana*: No pensamento filosófico grego, a idéia de direito natural persistia em que as leis humanas se inseriam na ordem geral do universo; elas seriam derivadas da natureza divina ordenada do cosmos;

b) *Jusnaturalismo Cristão*: Para muitos, o direito natural nasceu com o cristianismo. Por buscar sua força em Deus, o homem procurou valorizar a dignidade da pessoa humana. Com Tomás de Aquino, na Escolástica, atingiu o seu mais alto momento;

c) *Jusnaturalismo Racionalista*: Desenvolveu-se nos séculos XVII e XVIII e teve como principal expoente Hugo Grócio. Ele desvinculou o direito natural do fundamento jurídico divino para a razão humana;

d) *Jusnaturalismo Contemporâneo*: Renasceu a partir da 2ª Guerra Mundial, tendo como pano-de-fundo o novo impulso da filosofia aristotélica-tomista e contou com o empenho da Igreja Católica. Busca-se, nessa fase, a presença do direito natural na pessoa humana, em que a condição social deve estar sempre presente. O *personalismo jurídico* é parte dessa corrente contemporânea.

Em todas as fases do direito natural, duas coisas se aflowaram: a presença constante desse direito dentro dos homens e a aplicação de justiça, de um ideal de justiça, razão concreta do direito como regulador da sociedade.

### *O ideal de Justiça*

Dentro do universo social, o Direito, desde os seus primórdios, conforme cada épo-

ca, tem apresentado duas máximas: primeiro, dar segurança nas relações entre os homens e, segundo, a aplicação da justiça.

Seguindo esses passos, os jusnaturalistas, nas várias etapas em que esse pensamento passou, sempre tiveram como ponto nuclear às suas aspirações o forte desejo de fazer justiça — ideal esse sempre presente nos homens.

Tanto é que, na concepção de Giorgio DEL VECCHIO (1991), o direito natural é o nome com que se designa, por tradição antiga, o critério absoluto do justo.

O conceito de justiça formulado por Ulpiano, com base na concepção de Platão e Aristóteles, e que se transformou em um brocardo sempre referenciado, era de que justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu.

A noção de justo ou de justiça — a qual serve de pilastra mestra ao direito natural — varia de sociedade para sociedade, de tempo a tempo, conforme os desejos, os interesses, as ideologias reinantes etc. Com efeito, a idéia do justo se alcança pela experiência e não por meio de deduções e raciocínios abstratos. Mas essa experiência somente será percebida conforme a visão de determinada sociedade em sua época.

Assim é que a justiça é produto da convivência social. Então, a noção de justiça formar-se-á conforme a visão de uma sociedade. Por isso, ao longo do tempo, houve e sempre haverá diversas definições de justiça, em especial quanto ao que deva ser atribuído a cada um. Cada uma delas representando o interesse e a visão da sociedade de sua época — seja do passado, do presente ou do futuro.

Vale anotar, uma vez mais, o pensamento reinante em cada etapa do jusnaturalismo quanto ao ideal de justiça: a) *estoicismo helênico* — busca da justiça na natureza cósmica; b) *teologia da Idade Média* — a justiça era expressão de Deus; c) *iluminismo* — da razão humana advirá a justiça; e d) *atualmente* — busca-se a justiça na natureza humana.

Observe-se, dessa maneira, que para cada sociedade, nas suas diversas épocas, o ide-

al de justiça estaria presente conforme o pensamento predominante ao seu tempo; assim, o homem que viveu em períodos diversos não pode afirmar, de forma absoluta, que sua noção de justiça é melhor ou pior do que a das outras sociedades.

Cabe destacar que, em todas as fases por que passou o jusnaturalismo, ele não deveria ser visto como utópico, mas, sim, como algo alcançável para sua época, uma vez que há diversas naturezas pelas quais se tem apresentado o direito natural ao longo da história, implicando a existência de correntes distintas, mas que guardam entre si um ponto de pensamento comum: a convicção de que, além do direito escrito, há uma outra ordem superior àquela e que é a expressão do Direito Justo.

É oportuno esclarecer que a busca do direito justo, mola propulsora do pensamento do jusnaturalismo, fez com que esse direito estivesse, vez ou outra, a serviço de interesses políticos, representando tendências ideológicas. Tanto que serviu de argumentação, em certas fases da história, para sustentação do absolutismo dos reis na Idade Moderna, bem como para a queda desse mesmo regime a partir das revoluções liberais contemporâneas, que tiveram como grande marca o reconhecimento dos direitos do homem na Revolução Francesa, e antes, na declaração de independência dos Estados Unidos. Essas circunstâncias autorizam afirmar que os homens são possuidores de direitos inalienáveis e inatos, como à vida, à liberdade e à busca pela felicidade.

Mas esse direito justo, ideal, perfeito aparentemente não existe. A despeito da perfeição do direito, Paulo Ferreira da CUNHA (2001) assevera não acreditar nela, posto que o Direito é coisa de homens, e imperfeito como eles, sempre. E complementa: “Também deve ser esse céu pequeno demais para nele se fazerem caber os imprestáveis protótipos, as *idéias* do direito puro em cada situação concreta. O que existe, isso sim, é, antes de mais, uma idéia de Justiça, uma sensibilidade dos Homens que os faz detectar a

injustiça e, a partir daí, teorizar as formas de a contrariar e anular, tentando perseguir o seu posto, a Justiça. Depois existe a experiência histórica e social que leva a reconhecer certos mecanismos (entre os quais princípios) cujos bons resultados no caminho da Justiça elevou a patrimônio do Direito Natural. E há em cada *hic et nunc* a necessidade crítica e problematizadora do método dialético para, na contraposição de argumentos, encontrar plausibilidades que possam servir de verdades provisórias nessa busca incessante e sempre inacabada” (2001, p. 106).

### *Crítica do positivismo ao jusnaturalismo*

É possível afirmar que uma das falhas do jusnaturalismo está no fato de se voltar para uma meditação sobre a sociedade como fato empírico. Esse acontecimento, para uns, está impregnado de rara infelicidade, posto ter criado uma concepção totalmente divorciada da realidade como um todo, colocando-se, assim, bem distante dos ideais de justiça buscados pelo direito natural, principalmente nos seus pontos mais nobres.

Por causa disso, os jusnaturalistas, por vezes, foram criticados por tornarem esse ideal de justiça algo inalcançável, longe da realidade social, a ponto de torná-lo irreal. Mas essa visão não merece tanta atenção, mostrando-se um ponto falho, mas bem explorado pelos opositores do jusnaturalismo, já que a noção de justiça também sempre esteve presente no sentimento da sociedade moderna, contrariamente do que procuraram transmitir os positivistas do direito.

### *Crítica do jusnaturalismo ao positivismo*

Vale realçar, em tempo, que o codificismo, movimento marcante do positivismo jurídico, nasceu do jusnaturalismo racionalista. No fim do século XVIII e no início do século XIX, os juristas depararam-se com uma crise do direito até então vigente, que

ao longo dos séculos foi profundamente alterado pelo concurso de variadas fontes de normas jurídicas, o que o tornava difícil de ser conhecido e aplicado. Assim, sentiu-se necessidade de realizar uma reforma legislativa que desse ao Direito certeza; buscava-se, nessa reforma, no racionalismo jusnaturalista da época, sistematizar e universalizar as normas de direito natural em direito positivo. Entretanto, transposto o direito racional para os códigos, não se admitiu outro direito senão o codificado, sendo vedado recorrer-se ao direito natural para casos de lacuna desse direito posto, sendo ilegítimas outras formas de manifestação do direito.

Realmente, é da natureza do Direito Natural não ser positivo. Portanto, o paradoxo ocorreria: uma ordem jurídica de exclusiva existência de Direito Natural seria, afinal, uma ordem monista, de existência de um só direito. E, para sê-lo, haveria afinal que ser apenas uma ordem de direito positivo. Porque o monismo jurídico apenas é comportado pelo positivismo. E por muito justo que nos seus conteúdos se apresentasse tal novo direito dito natural, mas vigente e posto, e portanto positivo, haveria de tornar-se.

Mas, como se pode perceber, o *golpe* dos positivistas do direito foi útil a interesses políticos da classe burguesa que chegara recentemente ao poder e precisava legitimar a sua força, o que poderia ser feito pelo controle das leis em suas mãos.

Para os positivistas, só existia uma ordem jurídica: a comandada pelo Estado e que é soberana. Além disso, volta-se a destacar que o positivismo jurídico serviu, e serve, de forte instrumento aos poderosos, a partir do momento em que eles têm total controle sobre as estruturas político-legislativas, nas quais fundam toda ordem jurídica defendida pelos positivistas do direito, o que também o torna uma porta aberta aos regimes totalitários<sup>1</sup>.

Assim também foram as críticas à pureza metodológica de Kelsen, no sentido de que, dada a sua inércia, todas as ordena-

ções jurídicas positivadas são igualmente aceitáveis, na medida em que são reduzidas a estruturas bem caracterizadas, mas vazias. Nessa medida, cada crítico introduziu nessas estruturas o conteúdo que bem lhe aparecia, de modo que KELSEN (1987), em 1934, no prefácio de sua monumental obra, assim resumiu as críticas à teoria pura do direito: “Os facistas qualificam-na de liberalismo democrático; os liberais ou os social-democratas consideram-na precursora do fascismo. Do lado comunista, é desprezada como ideologia de um estatismo capitalista; do lado capitalismo nacionalista, é desprezada como bolchevismo crasso ou anarquismo mascarado. Seu espírito, afirmam muitos, tem parentesco com a escolástica católica; outros, ao contrário, acreditam reconhecer nela os traços característicos de uma teoria protestante do Estado e do direito. E tampouco faltaram aqueles que quiseram estigmatizá-la como atéia. Em suma, ainda não existe nenhuma tendência política à qual a teoria pura do direito não esteve sob suspeita de pertencer. Mas é exatamente isso que demonstra a sua pureza, melhor do que ela mesma seria capaz”.

Outro problema enfrentado pelo positivismo jurídico reside no fato de ter reduzido o significado humano, ao limitar o seu campo de observação e análise aos fatos concretos. Em decorrência disso, fica distante do propósito de criação do direito, que é a realização do mundo social pela solução dos problemas da vida. Se o direito se põe longe da realidade social, ele não existe porque o significado maior de sua criação é estar atento aos interesses da sociedade.

No plano jurídico dogmático, o positivismo jurídico soçobra em quatro pontos cruciais:

Em primeiro plano, um positivismo pleno não admite a presença de lacunas. Embora acabe por aceitá-las, dadas as aparentes evidências, não apresenta nenhuma solução material para elas. Assim, a integração de lacunas realizar-se-á, pois, à margem do pensamento jurídico.

O positivismo também não tem meios para lidar com conceitos indeterminados, com normas em branco e, em geral, com proposições carecidas de preenchimento com valorações. Do mesmo modo como nas lacunas, a integração do ordenamento carece de tratamento específico. Como nesta, também naquelas o *jus positum* pode não oferecer soluções operativas. O positivismo cairá, então, no arbítrio do julgador.

Deveras importante na crítica ao positivismo é a sua inoperacionalidade em situações de contradições de princípios. A postura metodológica juspositiva não pode, perante esse fenômeno, senão negá-lo, ignorá-lo ou remeter a solução para os acasos das decisões subjetivas ou discricionárias de que fala HART (2001).

Por fim, o juspositivismo detém-se perante a questão complexa, mas inevitável, das normas injustas. Desde logo, a idéia de *injustiça* de uma norma regularmente produzida é de difícil, senão impossível, representação. Ademais, o positivismo carece de capacidade para, perante injustiças ou inconveniências graves no Direito posto, apontar soluções alternativas (CANARIS, 1996, p. XXII).

#### *A união entre o jusnaturalismo e o positivismo*

Após a última grande guerra mundial do século passado, em reação aos regimes totalitários que se formaram, o direito tem sido visto com outros olhos, chegando a se acreditar, neste momento, que seria o retorno do jusnaturalismo na seara do direito.

Todavia, esse novo modelo jurídico, que tem como fonte as normas escritas, não se tem limitado apenas a essa fonte, mas, sobretudo, em casos de lacuna das normas jurídicas, busca-se o direito para se fazer a justiça nos seus meios de integração e na hermenêutica, com certo conteúdo axiológico.

Outro ponto marcante é que mesmo o direito posto vigente tem sido amenizado

quando da sua aplicação, na qual se tem procurado elevar mais os interesses sociais decorrentes dos valores histórico-culturais vigentes.

Isso tem levado à busca por um direito, um direito ainda não encontrado, decorrente do casamento entre o direito natural e o direito positivo. Na busca desse ideal do direito, do positivismo jurídico e do jusnaturalismo, deve ser retirado o que há de melhor em ambos.

Com esse sentimento, é possível citar, uma vez mais, Hans KELSEN (1979, p. 1-2), quando, tratando das normas de justiça, afirma que “se uma norma de justiça pressuposta como válida preceitua que todos devem ser tratados igualmente, um ato legislativo pelo qual sejam postas normas que prescrevam um tratamento desigual dos indivíduos, estatuinto que os tribunais apenas devem punir aqueles que cometeram um delito e não os outros e que devem punir ladrões com privação da liberdade ao passo que os assassinos devem ser castigados com a privação da vida, então este ato legislativo e os atos dos tribunais que aplicaram a lei são injustos”.

Ainda KELSEN, ao idealizar sua Teoria Pura do Direito, busca fundamento de sua *norma fundamental*, não no direito posto, mas na pressuposição racional de sua existência, que D’ENTREVES (apud KELSEN, 1996, p. 148-149) chega a afirmar que a norma fundamental de KELSEN “nada mais é senão uma proposição de direito natural”, pois por meio dela se vem a reconhecer “que o critério último da validade do direito se situa para além do mesmo direito”.

Veja-se, destarte, que mesmo os positivistas do direito também estão em busca de um direito novo, justo. Daí a necessidade de se buscar o melhor dessas duas correntes para garantir os interesses da sociedade quanto a uma das máximas objetivadas pelo direito, que é a busca pela justiça.

Com efeito, L. Cabral de MONCADA (19—?, p. 307) tem colocado que o ideal é ter um misto entre o direito natural e o direito

positivo; assim, segundo o mestre de Coimbra, “nenhum Estado pode subsistir sem uma combinação dessa natureza e, portanto, sem um mínimo também de adesão a qualquer sistema positivo de direito natural. Um Estado que declaradamente confessasse só prestar culto a interesses materiais, qual simples sociedade comercial, sem um mínimo de preocupação com os outros valores mais altos, mesmo que menos sinceramente proclamado, segundo as conveniências de qualquer ideologia, seria tão difícil de conceber como uma religião que declarasse professar o ateísmo ou uma arte que se declarasse estar só a serviço de puros interesses comerciais do público”.

O Direito uno, e justo, é que tem uma parte positiva, na sua vida social como ordem jurídica, e padrões naturais a que, ponderadamente e não mecanicamente, cada situação jurídica concreta tem de submeter-se. O diálogo e a tensão entre direito positivo e direito natural não são apenas problema de encontrar leis justas, mas uma questão cotidiana e permanente, que passa por todos os tipos de ação jurídica e que interpela a “aplicação” e criação do Direito por todos os agentes jurídicos.

Em verdade, não há um direito justo no céu dos conceitos platônicos e um direito imperfeito e injusto no nosso pobre e imperfeito mundo sublunar.

Mas já sabemos que todo o direito positivo, por mais excelente que seja, precisa de homens justos para ser bem aplicado. E não há homens justos que, na complexidade da vida moderna, possam-no verdadeiramente ser sem serem homens ilustrados e cultos. Donde aos requisitos de boa aplicação do direito positivo acabem por ser os mesmos da utilização correta do Direito Natural.

Assim, do misto entre o direito positivo e o direito natural, pode surgir um direito ideal. Mas qual seria o ideário desse direito? Num primeiro passo, estar-se-ia invocando o sentimento de cujo objetivo deveria corresponder à aplicação da ordem legal vigente em consonância com os reais interesses

da sociedade, de modo a impedir a inércia da norma quanto ao fato social, aproximando a lei ou as suas omissões dos interesses da sociedade por meio do critério do *dar a justiça* — conforme a máxima mais importante do direito quanto à pacificação dos problemas sociais.

Também haveria de buscar-se uma solução mais próxima aos problemas invocados pela proteção sistemática dos Direitos Humanos, isto, aliás, é o que tem estado em evidência na atualidade.

Da união do direito positivo e do direito natural, da busca incessante de um direito ideal, surgem, então, os direitos humanos, direitos esses que se encontravam *perdidos*, acomodados, adormecidos no íntimo do homem.

### *O papel do direito natural e do positivismo nos direitos humanos*

O Direito Natural, ao contrário do direito positivo, é todo o direito que tem como título fundante não a vontade do homem, mas a natureza humana. Ou dito de outro modo, objetivamente, a condição humana — o haver homens tais como os homens são — e, subjetivamente, o fato de tal homem ser Homem.

Os direitos do Homem querem ser mesmo direitos, e mais: direitos superiores ao direito legislado, costumeiro ou jurisprudencial que eventualmente — e este eventualmente é freqüente — não os respeite. Os direitos humanos não só estão sendo considerados Direito, como, de algum modo, no imaginário coletivo, acabam por figurar como uma espécie de *mais-que-direito*, ou, dito de outro modo, o verdadeiro Direito, o direito justo (CUNHA, 2001). E também tão eficaz e decisivo, a ponto de nos encontrarmos, hoje, não apenas num tempo jurídico de direitos humanos, mas também num tempo global de direitos humanos.

Mas o paradigma ocidental direito humanista não é o único, nem pode ser visto na perspectiva valorativa intercivilizacional

como o *melhor*. É apenas uma das formas de proteção das pessoas, do homem. Assim, muitos foram dando conta de que os direitos humanos não eram mais que uma adaptação aos tempos modernos do velho paradigma jusnaturalista, hoje impossível de recuperar de forma autônoma, dada a assunção do direito positivo.

Assim, não é o Direito Natural engolido pelo monstro legal codificado do direito positivo. São os direitos humanos que, adotados em inúmeras e tautológicas declarações universais, regionais, setoriais, nacionais, constituições e outros documentos legais, perdem o sopro renovador que adquiriram quando ainda eram mais políticos que jurídicos.

A verdade é que não conseguimos vislumbrar uma sólida teoria dos direitos humanos que não assente no direito natural, quer se chame assim, quer se designe de outro modo. A razoabilidade, tolerância, democracia, o pluralismo e outros princípios, valores ou tópicos essenciais dos direitos humanos não podem, por certo, fundar-se num simples comodismo utilitarista, sob pena de serem sacrificados. Se não houver um respeito profundo pelo Homem e pela sua dignidade, fundado na idéia da transcendência ou sacralidade naturais — mesmo, eventualmente, laica e até atéia — do Homem, de cada Homem concreto, dificilmente se sustentará filosoficamente e manter-se-á praticamente o ideal de tais direitos.

Expressões como *dignidade humana, liberdade, democracia, liberalismo*, e tantas outras, são usadas por jusnaturalistas e positivistas quando discorrem sobre os direitos humanos. É certo que o recurso lingüístico, aparentemente comum nas duas searas, não tem, entretanto, sentido unívoco quando se penetra nos conceitos a que aludem as palavras. Mas, ainda assim, é possível detectar algum denominador comum, por mínimo que seja. Por exemplo, as idéias sobre a dignidade humana podem ser pluralizadas, mas não é fácil, nem freqüente, renun-

ciar a noção de que o *ser humano* possui uma *dignidade* intrínseca e inata, só pelo fato de ser o que é: uma pessoa.

Mas, se os direitos humanos, a sua bandeira e a sua doutrina conseguiram fazer cair de pedestais e bastiões ditadores e ditaduras, se denunciaram e fizeram corrigir abusos, e se nessa trincheira continuam lutando, a verdade é que, à sombra dessa mesma bandeira, candidatos a novos privilegiados, e quiçá a novos tiranetes, vão tomando posições e estudando estratégias. Essa visão, longe de ser sombria, é uma realidade. Olhando dos lados, veremos que, por conta de proteger os direitos humanos, direitos de minorias, por exemplo, uma nação apenas dá ênfase de suas exclusivas idéias a todo cenário internacional.

Entretanto, uma coisa é certa: os Direitos Humanos, com efeito, renovaram a face do Direito, embora ainda esteja por fazer a sua completa harmonização.

O sopro de ar fresco epistemológico permite hoje pensar conscientemente três épocas — três paradigmas — no Direito: o direito objetivo clássico, o direito subjetivo moderno e, hoje, o direito social.

Os direitos humanos persistem como instância crítica, política e até antipositivista do Direito.

É inegável que a grande mão atuante do direito natural são os direitos humanos. De outro lado, interessante notar que, por mais jusnaturalista que se seja, um dado é deveras irrefutável: nem a lei natural ciceroniana, nem as filosofias agostiniana, tomista ou escolástica discorreram sobre os direitos humanos, como o fez a filosofia contemporânea, em pleno positivismo jurídico.

Hoje mesmo, acreditamos que muitas das nossas constituições, declarações de direitos e outros documentos de valor jurídico mais ou menos preeminente e reforçado são direito natural feito direito positivo. E com isso, muitos tranqüilizam a sua face jusnaturalista, acabando por concluir — sem o dizerem freqüentemente — que o Direito Natural cumpriu a sua missão histórica,

mas acabou: porque, no rodar escatológico da História, aproximamo-nos muito perto da felicidade ao conseguir — pelas conquistas políticas — que a lei positiva acolhesse as grandes aspirações da Humanidade<sup>2</sup>.

### Notas

<sup>1</sup> Calha registrar a advertência de BOBBIO (1997, p. 67), no sentido de que: “A norma fundamental está na base do Direito como ele é (o Direito positivo), não do Direito como deveria ser (o Direito justo). Ela autoriza aqueles que têm o poder exercer a força, mas não diz que o uso da força seja justo só pelo fato de ser vontade do poder originário. Ela dá uma legitimação jurídica, não moral, do poder. O Direito, como ele é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos. Tanto melhor, então, se os mais fortes forem também os mais justos”. E mais adiante completa: “O objetivo de todo legislador não é organizar a força, mas *organizar a sociedade mediante a força*” (p. 70).

<sup>2</sup> Transcrevo, apenas por seu caráter inusitado, a proposta de proibição da leitura da Bíblia a menores, por violenta e por — alegadamente — contrária aos direitos do homem. Este o texto que foi divulgado na Internet em Agosto de 2000, o qual, com a devida vênua, reproduzimos na íntegra: “Advogados querem proibir Bíblia para menores. Dois advogados solicitaram à ministra da Família da Alemanha, Christine Bergmann, que incluía a Bíblia, por seu conteúdo violento, na lista de livros considerados perigosos para as crianças. A Bíblia contém passagens de ‘muita crueldade’, que são glorificadas como fruto da vontade de Deus, explicam os advogados alemães Christian Sailer e Gert-Joachim Hetzel em sua petição à ministra, realizada em nome de ‘alguns pais’. ‘Predica o genocídio, o racismo, a animosidade para com os judeus, execuções atroz de adúlteros e homossexuais, assassinato dos próprios filhos e outras perversidades’, afirmam Sailer e Hetzel. Por isso, a Bíblia deveria estar na lista de livros ‘não recomendados para crianças’, até que as ‘passagens de violação aos direitos humanos’ sejam suprimidas. A porta-voz da Igreja Católica em Munique, Adelheid Utters-Adam, qualificou a solicitação de absurda. Se a Bíblia deve ser incluída no índice, o mesmo deve acontecer com todos os livros da História e quase todos os jornais, destacou. A Bíblia também descreveu o lado mais obscuro da humanidade, destacou Utters-Adam, para quem os autores da petição não entenderam o livro sagrado. A notícia foi divulgada pela AFP em 1º de agosto” (CUNHA, 2001, nota 278, p. 187-188).

### Bibliografia:

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ALDEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Brasília: UnB, 1977.
- \_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. 9. ed. Brasília: UnB, 1997.
- CAMPOS, Germán J. Bidart. *La interpretación del sistema de derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar, 1994.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *O ponto de Arquimedes*. Coimbra: Almedina, 2001.
- DEL VECCHIO, Georgio. *Filosofia del derecho*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1991.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. *Filosofia do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Ícone, 2000.
- KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. 2. ed. [S. l.]: Armênio Armado Editor, 1979.
- \_\_\_\_\_. *O problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 4ª reimpressão, 2001.
- MATA-MACHADO, Edgard Godói da. *Contribuições ao personalismo jurídico*. Belo Horizonte: DelRey, 2000.
- MONCADA, Luiz Cabral. *Filosofia do direito e do estado*. Coimbra: Coimbra, [19—?].
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1997.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Nova fase do direito moderno*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.