

Caminhos para superação do falso dilema entre *juspositivismo* e *jusnaturalismo*

JOSÉ ROBERTO PORTO ANDRADE JÚNIOR*

PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES**

Resumo

Partindo da caracterização analítica das principais correntes filosóficas do Direito (Juspositivismo e Jusnaturalismo), este trabalho evidencia ser falso o dilema que a maioria dos teóricos do Direito afirma existir entre tais jusfilosofias. Amparado em pesquisa bibliográfica afirma-se que, a despeito de diferenças, Jusnaturalismo e Juspositivismo convergem numa mesma perspectiva metafísica e normativista. O artigo conclui, ainda, ser necessária a superação desse dilema aparente através da permanente (re)construção das teorias dialéticas do Direito, que, somente em sua pluralidade e pluralismo poderão proporcionar um satisfatório entendimento do dinâmico e complexo fenômeno jurídico em suas múltiplas esferas.

Palavras-chave: Juspositivismo x Jusnaturalismo; dilema aparente; dialética.

Abstract

Based on the analytical characterization of the principal juridical philosophies (Juspositivism and Jusnaturalism), this paper shows that it is a false dilemma that theorists of the Right claim exists between such trends. Bolstered by literature, this article states that, despite differences, Juspositivism and Jusnaturalism converge in the same metaphysical and normative perspective. The article concludes also be necessary to overcome this apparent dilemma through permanent (re) construction of dialectical theories of Right, that only in its plurality and pluralism may provide a satisfactory understanding of the many spheres of the dynamic and complex juridical phenomenon.

Key words: Juspositivismo x Jusnaturalism; apparent dilemma; dialectics.



* **JOSÉ ROBERTO PORTO ANDRADE JÚNIOR** é Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP) e Bolsista MS1 da FAPESP.



** **PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES** é Professor Assistente e Doutor de Direito Penal da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP - Universidade Estadual Paulista; Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da UNESP; membro do MMPD, IBCCRIM; e Líder do NETPDH - Núcleo de Estudos da Tutela Penal dos Direitos Humanos. Promotor de Justiça.



Introdução

O entendimento teórico sobre os fundamentos e as funções do Direito tem, no transcorrer dos séculos, se orientado predominantemente por duas vertentes filosóficas: Juspositivismo e Jusnaturalismo. Afirma Roberto Lyra Filho (1981, p. 16-17) que, como um pêndulo, a filosofia e a teoria jurídica historicamente oscilam entre uma e outra, congregando entorno desses epicentros as principais construções jurídicas realizadas e evidenciando, assim, a existência de uma aparente polarização entre esses modos supostamente diversos de percepção jurídica.

Explica José Eduardo Faria, contudo, que o dilema existente entre Juspositivismo e Jusnaturalismo, longe de ser real, é na verdade aparente, existindo sinceros pontos de contato entre essas vertentes teóricas (FARIA, 1987). Juspositivismo e Jusnaturalismo traduzem-se, na realidade, em alicerces ideológicos utilizados para perpetuação

normativa de determinados valores e interesses, atrelados a grupos socialmente dominantes. Exteriorizando diferenças irreconciliáveis, uma análise cuidadosa revela, na verdade, serem irrenunciáveis as semelhanças entre essas vertentes teóricas, permitindo a constatação cabal do caráter aparente desse dilema.

Indispensável se mostra, em vista disso, desnudar essa realidade e demonstrar a insuficiência dessa dissimulada polarização. Não é real o dilema que teóricos do direito propõem ao mediar-se entre o positivismo e o naturalismo como fundamentação epistemológica predominante. Além disso, é necessário que a teoria do Direito faça novas perguntas, de modo a encontrar respostas que a capacitem para reflexão sobre os problemas que assolam o universo jurídico atual, dentre os quais se destaca a ineficácia dos direitos fundamentais e a dificuldade do acesso à justiça.

Nessa caminhada, valiosas são as contribuições da dialética, alicerce filosófico e metodológico apto a re-determinar os conceitos e parâmetros a partir dos quais a reflexão jurídica é construída, de modo a enfatizar a estreiteza do pensamento dualista que se quer ora Juspositivista, ora Jusnaturalista, sem, contudo, deixar de se ater a uma mesma estrutura paradigmática de existência e realização. Somente a partir de teorias dialéticas do Direito é possível superar o falso dilema e enxergar o jurídico como produto da realidade social, geográfica e historicamente determinado, dinâmico, contraditório e pertencente a uma totalidade ampliada da qual é inseparável.

Em vista disso, esse trabalho objetiva analisar criticamente o falso dilema que se estabelece entre as principais correntes teórico-jurídicas, Juspositivismo e Jusnaturalismo, embasado na caracterização conceitual dessas vertentes filosóficas. Objetiva-se, também, a partir dessa análise, demonstrar que a superação dessa polarização virá somente por meio da permanente (re)construção das teorias dialéticas do Direito, através das quais poderá ser deslocado o eixo central da reflexão jurídica para a Sociedade e sua dinâmica, rompendo com perspectivas metafísicas ou abstratas.

1. Jusnaturalismo e Juspositivismo

O Jusnaturalismo (ou Direito Natural), tomado o termo em sentido ampliado, é a corrente do pensamento jurídico que engloba todo o idealismo jurídico, desde as primeiras manifestações de uma ordem normativa de origem divina, passando pelos filósofos gregos, pelos escolásticos e pelos racionalistas dos séculos XVII e XVIII, até chegar às modernas concepções de Direito

Natural (MAQUES NETO, 2001, p. 133).

Segundo Antônio Alberto Machado, ele se caracteriza por oferecer explicações sobre o fenômeno jurídico, sua origem e seu fundamento de validade, através da afirmação da existência de uma ordem superior de normas, eternas e universais (MACHADO, 2011, p. 25). O Jusnaturalismo divide, assim, o Direito em dois planos: o que concretamente se apresenta nas normas e o que deve nelas se apresentar para que sejam consideradas válidas e legítimas. O Direito é traduzido, portanto, em preceitos metafísicos, supondo a existência de um conjunto de normas pressupostas e sobrepostas ao direito posto, fixas e imutáveis, às quais as normas positivadas devem obediência.

Há, no Jusnaturalismo, sempre uma “lei natural, eterna e imutável, que se traduz na existência de um universo *já legislado*” (MAQUES NETO, 2001, p. 135).

Segundo Lyra Filho (2006, p. 28-29), essa corrente jusfilosófica corresponde à posição mais antiga da doutrina jurídica (mas de modo algum liquidada), podendo-se utilizar o termo “justiça” como palavra-chave para seu entendimento. Para ela, o Direito é a precisa manifestação do justo. O autor assevera, ainda, ser possível defini-la por meio de um brocardo romano que sintetiza, de maneira categórica, seus postulados conceituais: “ordenado porque justo” (“*iussum quia iustum*”).

Em seu desenvolvimento histórico, o Direito Natural se apresentou fundamentalmente sob três formas, destinadas a estabelecer o padrão jurídico dominante em um determinado período ou a justificar as razões que tornavam esse padrão jurídico legítimo. Num primeiro momento, assim, o

chamado Direito Natural cosmológico fundamentava sua visão do Direito na “natureza das coisas”, na natureza do cosmos. Num segundo momento, o Direito Natural teológico tinha em Deus e no divino o fundamento, por excelência, do Direito. Num terceiro momento, o Jusnaturalismo passou a buscar na razão humana (Direito Natural antropológico) o suposto parâmetro por excelência do direito posto (LYRA FILHO, 1981, p. 21-22).

O Juspositivismo (ou Direito Positivo), por sua vez, pode ser sintetizado na palavra “ordem” (conceito chave para seu entendimento) e no brocardo romano “justo porque ordenado” (“iustum quia iussum”). Trata-se, assim, de uma redução do Direito à ordem estabelecida (LYRA FILHO, 2006, p. 28-29).

Segundo Antônio Alberto Machado, são muitas as variantes teóricas do Juspositivismo, exibindo uma enorme semelhança e, mesmo, uma identidade de objetos e métodos, que permite qualificá-las como uma mesma “família”, ou um mesmo “bloco positivista”. Dentre elas, se podem destacar: a corrente seminal da Exegese, o historicismo jurídico, o normativismo de Kelsen, as teorias culturalistas, os chamados pós-positivismos, entre tantas outras (MACHADO, 2011, p. 26-27).

Explica Lyra Filho (2006, p. 36) que as diversas formas de positivismo “rodam num círculo, porque, a partir do legalismo, giram por diversos graus para chegarem ao mesmo ponto de partida, que é a lei e o Estado”.

O positivismo jurídico se caracteriza por identificar o Direito e a ciência jurídica estritamente com a lei estatal e com as técnicas de decisão e controle social. Aceita, dessa forma, o direito positivado como expressão por

excelência do justo e enxerga no Estado e em seu poder normativo a fonte exclusiva do Direito. Opera, ademais, uma rígida separação entre o mundo do ser o mundo do dever-ser, confiando a este último o domínio e o primado do fenômeno jurídico (MACHADO, 1999).

Para o juspositivista, a ordem já é, sem si, a justiça, não havendo (aparentemente) modos de inserir em sua teoria do Direito a crítica à injustiça das normas. Ele limita-se a proclamar que sua ordem contém toda a justiça possível ou que o problema da injustiça não é jurídico. Capta o Direito, desse modo, sempre já vertido em normas, tendo como limite a ordem estabelecida. Segundo Lyra Filho (2006, p. 30), as normas (padrões de conduta, impostos pelo poder social com ameaça de sanções organizadas expressamente indicadas, com órgão e procedimento especiais de aplicação) constituem, para o positivismo, o completo Direito.

Ainda conforme o autor brasileiro (2006, p. 28), é o positivismo jurídico o “trivial variado da cozinha jurídica, no mundo capitalista que aí temos à nossa frente”.

2. Jusnaturalismo x Juspositivismo: um dilema aparente

A despeito de parecer existir um dilema entre posições que, numa análise superficial, polarizam opositivamente, o dilema é aparente.

Ambas correntes jusfilosóficas assumem posturas marcadamente metafísicas no tratamento do problema jurídico, tanto quando o encaram como expressão de princípios e ideais absolutos (Jusnaturalismo), como quando o reduzem a um normativismo estéril e alienado (Juspositivismo). Abstraem o Direito, assim, das condições sociais, espaço-temporalmente localizadas, em que ele

se gera e se modifica (MAQUES NETO, 2001, p. 179). Mais que isso: mesmo partindo de princípios diferentes e aparentemente opostos, possuem uma mesma confluência dogmática. Em última instância, confluem à norma. O juspositivista a considera, desde o início, ponto de partida e de chegada. O jusnaturalista, por sua vez, desemboca na norma, pois, nela, consagra os valores intocáveis e absolutos que atribui ao Direito (MAQUES NETO, 2001, p. 183).

Explica Lyra Filho (2006, p. 42), nessa orientação, que o Jusnaturalismo não é tanto imobilista, apesar de pretensões a critérios eternos e fixos de validação jurídica, como é “bastante manhoso”, deixando sempre espaço para as “concretizações”, através das quais os preceitos atribuídos à natureza, a Deus ou à razão humana tendem a conciliar o padrão absoluto com a lei vigente. Os princípios imortais, assim, quando descem à particularização, tendem a confundir-se com o direito positivo do Estado ou dos grupos e classes prevaletentes naquele período histórico.

As jusfilosofias convergem-se, assim, em normas. E em normas direcionadas ao atendimento dos interesses hegemônicos. Conforme explica Lyra Filho (2006, p. 39-41), o Direito Natural cosmológico foi o substrato ideológico de legitimação da escravidão, o Direito Natural teológico garantiu a manutenção do regime feudalista, e o Direito Natural antropológico foi a base conceitual da revolução burguesa. O Juspositivismo, por sua vez, após a ascensão da burguesia ao poder social e com a sedimentação social do modelo socioprodutivo capitalista, passou a ser a doutrina jurídica responsável por garantir que esse estado de relações se mantivesse e se perpetuasse no seio

social, obstando os questionamentos à “ordem”.

O caráter aparente do dilema é percebido, também, sob outra ótica. A despeito de negarem rigorosamente a existência de outras ordens jurídicas (cosmológica, teológica ou antropológica), os autores juspositivistas acabam recorrendo a tais alicerces conceituais em suas explicações. Segundo Lenio Streck, o próprio Hans Kelsen, o eminente teórico do positivismo normativista, ao referir-se ao problema das lacunas do Direito, admite a existência de outro “Direito”, que, em alguns casos, poderia divergir do direito positivo e ser mais justo que ele. Ele utilizaria tal recurso para afirmar a inexistência de lacunas no sistema jurídico positivo, alegando que existem apenas decisões logicamente possíveis, mas inoportunas ou injustas, segundo o órgão aplicador, na comparação com esse outro “Direito” (STRECK, 2009, p. 100-101).

O próprio Radbruch, teórico jusnaturalista, teria se apercebido dessa necessidade do Juspositivismo em buscar fundamentos “não positivos” para a “ordem”. Afirma Lyra Filho (2006, p. 36), a esse respeito:

[...] é que, mesmo no plano ideológico, o positivismo, que diviniza a “lei e a ordem” como se ali estivesse o Direito inteiro, há de oferecer um qualquer fundamento jurídico para tal ordem, tal Estado produtor de leis, tal privilégio e exclusividade de produzir leis, que seria do Estado. E Radbruch, o grande iurista alemão, com certa malícia nos mostra que o positivismo, neste empenho, “pressupõe um preceito jurídico de direito natural, na base de todas as suas construções”, isto é, um preceito jurídico anterior e superior ao direito positivo.

José Eduardo Faria salienta, ainda, que o positivismo atualmente compreendido pelo que se convencionou chamar, na lição de Warat, de “senso comum teórico” dos juristas, é uma espécie de “positivismo transcendente”, que no fundo almeja realizar os ideais jusnaturalistas. Trata-se de uma vulgata jusnaturalista para invocar a validade da função social do Direito Positivo e legitimar seu avanço na doutrina e nas escolas de direito (FARIA, 1987, p. 23). Afirma Antônio Alberto Machado, sobre a confluência:

Portanto, os positivistas encaram o direito natural como a fonte de legitimidade do direito posto; e os jusnaturalistas encaram o direito posto como o meio de se concretizar os ideais do direito natural. Trata-se aí de uma relação muito mais de complementaridade do que, propriamente, uma relação de confronto. (MACHADO, 2009, p. 47)

Presos à dinâmica ilusória de um dilema aparente, os juristas têm olhado, sob grave miopia, o fenômeno jurídico, não enxergando as suas características essenciais e sua peculiar ontologia. É necessário superar a pretensa polarização e caminhar na direção de uma permanente (re)construção de teorias dialéticas do Direito.

3. As teorias dialéticas do Direito: caminhos para superação do dilema aparente

Explica Agostinho Ramalho Marques Neto que a abordagem dialética é a que melhor permite a compreensão do processo de elaboração científica no interior das condições concretas em que ele se realiza. Além disso, segundo o autor, a partir da dialética analisa-se o Direito dentro do processo histórico ao qual ele pertence, no bojo do qual ele surge e se modifica, e não a partir de

concepções metafísicas formuladas *a priori*. O que interessa, portanto, a uma teoria dialética do Direito, é o direito real, concreto, histórico, visceralmente comprometido com as condições efetivas do espaço-tempo social (MARQUES NETO, 2001, p. 130-131).

A pergunta sobre o que o Direito “é” torna-se, assim, a pergunta sobre o que o direito “vem a ser” nas transformações incessantes de seu conteúdo e nas formas de sua manifestação concreta dentro do mundo histórico e social. A “essência” do Direito reside no que ele “é, enquanto vai sendo” (LYRA FILHO, 2006, p. 12).

Como superação dialética do Juspositivismo e do Jusnaturalismo, indubitavelmente essa “nova teoria” importará na conservação dos aspectos válidos de ambas as posições com a rejeição dos demais, reenquadrando os primeiros numa visão superior. De fato, a positividade do direito é uma realidade evidente, que não conduz, contudo, à necessária aceitação do positivismo jurídico. Do mesmo modo, a idéia de um Direito justo integrará, por certo, uma teoria verdadeiramente dialética do Direito, sem voar para bases metafísicas na explicação dos fenômenos sociais, assentados no “chão da história” (LYRA FILHO, 2006, p. 26-27).

O Direito é “processo, dentro do processo histórico”, conforme brilhante lição de Roberto Lyra Filho (1981), e assim deve ser tratado.

Ele não é, simplesmente, a lei, embora esta necessariamente componha o fenômeno jurídico em sua modalidade hegemônica em nosso modelo de sociedade, como um das pautas de sua ação. Ele não possui, do mesmo modo, no Estado o alicerce exclusivo para sua

produção e desenvolvimento, embora o Estado seja co-formador do espaço/tempo privilegiado para produção jurídica. Nem juspositivista, nem jusnaturalista, é necessário um entendimento atualizado e atualizador do fenômeno jurídico, que supere os limites impostos pelos seus antecessores filosóficos sem deixar de conservar os avanços e conquistas por eles representados.

Conforme explica o filósofo italiano Antonio Gramsci, “o anti-historicismo metodológico não é senão a metafísica” (GRAMSCI, 2011, p. 162), razão pela qual é ao “chão da história” que devemos recorrer para adequadamente compreender o Direito.

O que queremos dizer quando propomos uma teoria dialética do Direito fica mais claro através da didática exposição do sociólogo Michael Löwy sobre as principais categorias do método dialético. Enuncia Michael Löwy (1996, p. 14-17) serem três: totalidade, movimento permanente e contradição. Definindo a categoria da totalidade, Löwy explica que ela “significa a percepção da realidade social como um todo orgânico, estruturado, no qual não se pode entender um elemento, um aspecto, uma dimensão, sem perder a sua relação com o conjunto”. Sobre o movimento permanente, afirma que “a hipótese fundamental da dialética é de que não existe nada eterno, nada fixo, nada absoluto”. Afirma, ainda, que “tudo o que existe na vida humana e social está em perpétua transformação, tudo é perecível, tudo está sujeito ao fluxo da história”. Sobre a contradição, ensina, por fim, que “uma análise dialética é sempre uma análise das contradições internas da realidade”.

Dialeticamente entendido sob a perspectiva de totalidade, assim, o

Direito não pode ser compreendido apartado da realidade social. É a realidade social a matéria-prima dos sujeitos construtores do jurídico. É a realidade social que impõe as condições objetivas que condicionam a criação jurídica. É a realidade social que absorve o produto desse processo de modificação, pois não é outro o produto, senão a própria realidade. Modificação, como ensina Löwy, que é permanente. E a mudança no Direito é, também, permanente. O direito é instrumento do movimento permanente, no mesmo passo que a ele se rende. O direito é humano, afinal. E é nas contradições internas da realidade social e do fenômeno jurídico que se buscará uma análise dialética do direito: identificando posições antagônicas, paradoxos, contradições reais e aparentes, mudanças e transformações.

Conforme expõe Roberto Lyra Filho (2006, p. 45), “ainda não existe uma teoria dialética de Direito perfeitamente elaborada”, o que torna ainda mais urgente e necessário o direcionamento de esforços nesse sentido. Resta a nós evidente, todavia, não tratar-se de uma busca pela teoria dialética do Direito, mas pela permanente construção e reconstrução de teorias dialéticas do Direito. No plural, em decorrência da pluralidade e do pluralismo do fenômeno jurídico, impassível de ser captado sob lente única e temporal e geograficamente universalizável.

Considerações finais

Retomando alguns dos principais argumentos desenvolvidos neste trabalho, destaca-se inicialmente que o dilema que a teoria e a filosofia jurídica tem enfrentado no transcórrer dos séculos, entre o Jusnaturalismo e o Juspositivismo, é falso.

A despeito das diferenças que existem entre as jusfilosofias referidas, os pontos em comum são marcantes e indisfarçáveis. Entre as principais convergências, é importante frisar que ambas as correntes teóricas apontam e fundamentam, em última instância, uma leitura normativista do fenômeno jurídico, encerrada na confusão entre Direito e normas positivas. Ambas, também, segregam o Direito da realidade social, numa perspectiva marcadamente metafísica. O Juspositivismo, mesmo alegando encontrar todo o Direito na norma posta, acaba, em alguns casos, recorrendo a fórmulas extraídas de um “outro Direito” para justificar suas ações; ao passo que o Jusnaturalismo, mesmo propondo que é um “outro Direito” o verdadeiro Direito, “concretiza-o” nos parâmetros da ordem vigente, das normas postas. Na realidade cotidiana dos cursos jurídicos, ainda, o positivismo se apropria de uma vulgata jusnaturalista para se fundamentar e se propagar.

O dilema é meramente aparente.

A superação desse dilema aparente deverá ter como instrumento a cotidiana (re)construção das teorias dialéticas do Direito. É a dialética o único alicerce metodológico e filosófico apto a captar toda a complexidade do jurídico, entendendo-o em sua relação de identidade-distinção com o todo da realidade social da qual faz parte e na qual se movimenta. É a dialética que utiliza como fundamento as contradições da realidade e do jurídico para compreendê-lo e fazê-lo avançar, ao mesmo tempo que propõe e afirma que a mudança é permanente na vida social. Somente dialeticamente o Direito poderá ser achado, sendo infrutíferas as buscas que partam de alicerces metafísicos. Uma teoria

dialética do Direito, é preciso lembrar, somente é construída com a conservação e superação de elementos do Jusnaturalismo e do Juspositivismo.

Mais do que uma única teoria dialética do Direito, contudo, é de teorias dialéticas do Direito que necessitamos. Apenas se múltiplas e plurais elas poderão enxergar a pluralidade do jurídico, uma vez que, mesmo quando falamos do Direito, é dos Direitos que tratamos.

Referências

FARIA, J. E. C. de O. Positivismo X jusnaturalismo: um falso dilema. In: SOUSA JÚNIOR, J. G. de. **O direito achado na rua**. Brasília: Universidade de Brasília, 1987.

GRAMSCI, A. **O leitor de Gramsci**: escritos escolhidos 1916-1935. Carlos Nelson Coutinho, organizador. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

LYRA FILHO, R. **O que é direito**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

_____. **Razões de defesa do direito**. Brasília: Obreira, 1981.

LÖWY, M. **Ideologia e ciência social**: elementos para uma análise marxista. São Paulo: Cortez, 1996.

MACHADO, A. A. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

_____. A teoria do direito e os paradigmas positivistas. In: CORRÊA BORGES, P. C. **Marcadores sociais da diferença e repressão penal**. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica, 2011.

_____. **Ministério Público**: democracia e ensino jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MARQUES NETO, A. R. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.