

DIREITO POSITIVO E DIREITO NATURAL, AINDA...

*Andrés Ollero **

Diplopia jurídica; Jusnaturalismo inclusivo; Leis *contra natura*; Precaução, falácia...; Críticas a um legalismo compartilhado; Não cognitivismo ético e direito; Constitucionalismo jusnaturalista?; Direitos fundamentais com fundamento; Reabilitação da filosofia prática; Xeque-mate ao normativismo; Porosidade entre direito e moral?; Da fuga do 'forte' à dúvida demiúrgica; O procedimental como falsa alternativa.

"A situação presente da filosofia do Direito se caracteriza por esse amplo debate em que se substancia a crise do positivismo jurídico e, talvez, a sua possível convergência com o velho rival, o jusnaturalismo, dada a depuração experimentada também por este nos últimos tempos."¹

Estas linhas foram escritas em homenagem ao Professor José Delgado Pinto, Catedrático da Universidade de Salamanca, que já teve oportunidade de abordar esta temática em mais de uma ocasião², com a sua habitual agudeza.

Talvez do título que nos propusemos resultem, paradoxalmente, mais significativos a conjunção e o advérbio do que os substantivos que dão notícia do objeto de nossa reflexão.

Diplopia jurídica

A expressão copulativa "e" recorda-nos, com efeito, de que modo, durante decênios, tendeu-se irresistivelmente a apresentar esta questão como se se tratasse de articular a problemática relação entre **dois direitos**. Condenados a esta patológica dupla visão, faz-se bastante complicado captar os perfis da realidade jurídica. Resultava obrigatório optar por um ou por outro direito, ou então estabelecer entre eles uma determinada hierarquia. Fez-se, por exemplo,

depende de um deles (o natural...) a validade do outro (o positivo). Como alternativa, impôs-se a drástica aniquilação do primeiro, partindo da desafiadora afirmação de que **só é direito o direito positivo**; ditame particularmente impressionante, na medida em que se considere supérfluo esclarecer em que consistiria a supradita positividade, quando emerge ou, sobretudo, de que modo... Negava-se, em todo caso, ao direito natural caráter jurídico, para reduzi-lo a mera exortação moral; sua relevância não desbordaria – na mais benévola das apresentações – o âmbito do pré-jurídico³.

A polêmica sobre a ‘separação’ – obrigatória para o positivismo clássico – do direito e da moral costuma complicar-se ainda mais com uma multi-forme ‘distinção’ conceitual e terminológica. Considero que para um jurista resulta particularmente relevante distinguir, dentro das exigências da ética, as que se traduzem numa exigência moral (em sentido próprio) – no marco das orientações maximalistas próprias de todo ótimo modelo de conduta humana – e as exigências propriamente jurídicas – positivadas ou não –, no marco do mínimo ético exigível para garantir a convivência humana. Chame-se ‘bem comum’, ‘justiça política’ ou como corresponder. Obviamente, isso levaria a reconhecer um pano de fundo ‘moral’ (preferimos qualificá-lo de “ético”, para evitar a apontada confusão) no jurídico. Detectar-se-ia de modo direto, ao se reconhecer como juridicamente exigível uma obrigação ética, ou então de modo indireto, ao latejarem também exigências éticas sob a idéia de ordem que justifica as exigências jurídicas derivadas de meras razões de oportunidade ou de eficácia. Assunto distinto é que a minha concepção moral, em sentido próprio, possa levar-me a rechaçar, em dito plano, uma exigência juridicamente positivada, por entender que não reflete adequadamente esse mínimo ético que justifica a existência mesma do direito⁴.

Apresentada assim a questão, ficava indissolavelmente vinculada a uma das polêmicas mais tenazes e de mais duvidosa fecundidade da história da filosofia do direito: a que contrapõe jusnaturalismo e positivismo jurídico. Esclareça-se, doravante, que é o convencimento de que não nos encontramos perante um inevitável dilema o que permite justificar no título esse final **ainda...**; sem prejuízo de que também ocasionais demandas de resposta⁵ nos assegurem a não extinta vitalidade do problema.

Jusnaturalismo inclusivo

Resulta óbvio que a primeira destas linhas doutrinárias reconhece caráter jurídico ao direito natural. O que não vejo tão claro é que ser jusnaturalista obrigue, necessariamente, a supeditar a validade do direito positivo ao seu fiel respeito pelas exigências jurídico-naturais; daí que aqueles que, sim, o vêem de

modo claríssimo mostrem-se remissos – para bem ou para mal – a considerar-me um dos seus⁶. Talvez eu esteja abandeirando um peculiar jusnaturalismo, que sai ao encontro do positivismo ‘inclusivo’⁷ daqueles que tornam relativa a velha obrigatória separação entre direito e moral.

A partir daquele ponto de vista, a árdua problemática da lei injusta passava a ocupar um lugar central⁸. A sua versão mais drástica teria de levar-nos hoje, por exemplo, a entender que, sendo o matrimônio indissolúvel, heterossexual e monogâmico por natureza, toda regulação que desconhecesse algum destes caracteres careceria de validade jurídica.

A verdade é que, como jurista, nunca cheguei a entender as virtudes de tal apresentação⁹. Assunto distinto seria reconhecer que não devo sentir-me moralmente obrigado a obedecer a tais leis, ou, inclusive, que – conforme o caso de que se trate – deveria considerar-me pessoalmente obrigado a desobedecê-las¹⁰. Ao se generalizar esta postura, tais leis ver-se-iam privadas de um decisivo motivo moral de obediência¹¹, com previsíveis consequências jurídicas. Mesmo não se identificando obrigatoriedade moral e validade, obrigadas tais leis a se apoiarem exclusivamente sobre a sua coercibilidade, poderiam ver comprometida a sua vigência¹² e a sua viabilidade prática¹³.

Pode ser que, ao adotar esta atitude, alguém pudesse entender que reduzo o direito natural a mero *desideratum* moral¹⁴, o que me converteria num positivista de *pedigree*. Com efeito, o rechaço da lei injusta encontrava o seu par alternativo inseparável na nítida separação positivista entre direito e moral. Kelsen levará à perfeição a distinção de Hobbes entre conselho e mandato, com a sua conhecida dicotomia de sistemas morais estáticos – nos quais a validade das normas depende da congruência dos seus conteúdos com os de outras que lhe conferem – e sistemas jurídicos dinâmicos – nos quais a validade se apóia numa mera conexão formal, alheia a todo conteúdo¹⁵. Achar-nos-íamos, pois, perante o positivismo em estado puro, levados da mão – haverá que recordá-lo – por um estrito não-cognitivismo ético¹⁶. A partir de uma perspectiva de racionalidade prática, cabe, pelo contrário, admitir – como é o meu caso – a existência de exigências propriamente jurídicas, com maior ou menor grau de positividade.

Leis contra natura

Ser positivista – e, ao mesmo tempo, rigoroso – resulta fácil quando se está disposto a subscrever que as exigências éticas (tanto as propriamente morais como as jurídicas...) não são suscetíveis de fundamentação racional alguma; algo tão inimizado com a realidade quotidiana do direito¹⁷ como para

obrigar a assumir que – pese o seu enganoso rótulo gremial – os juízes não podem, na verdade, emitir ‘juízo’ algum¹⁸. Quando tais conseqüências não são consideradas facilmente passíveis de serem assumidas, o positivismo se torna claudicante e, o que é mais grave, do seu ansiado rigor já não costumam sobrar particulares mostras.

Considero, pelo contrário, que da natureza do homem derivam exigências éticas, racionalmente cognoscíveis na prática. Na medida em que ditas exigências não apontam à conquista da máxima perfeição pessoal imaginável, mas ao imperioso respeito de um mínimo ético sem o qual a convivência deixaria de ser humana, trata-se, sem dúvida, de exigências jurídicas e não tão somente propriamente morais. A conseqüência é óbvia: sem necessidade de plagiar a Radbruch¹⁹, ter-me-ia de perguntar como posso reconhecer caráter jurídico a normas de conteúdo antijurídico. A resposta poderia ser: da mesma maneira que não renuncio a reconhecer como pessoa humana – e, conseqüentemente, a respeitar – quem se comporta desumanamente; sem prejuízo de fazer todo o possível por melhorar a situação.

Não creio que a discrepância que se apresenta derive, obrigatoriamente, do enfrentamento entre uma dimensão ético-material e outra meramente lógico-formal do jurídico. O que ocorre, na verdade, é que a minha convicção sobre o caráter jurídico dessas exigências naturais repousa sobre uma determinada teoria da justiça²⁰; mas, também, a que a nega é, por sua vez – conscientemente ou não –, devedora de outra teoria da justiça, não menos ético-material que a minha²¹. Por mais que eu possa considerar errada a que, de fato, foi positivada, teria de reconhecê-la avalizada por elementos formais e procedimentais positivos, sem os quais o direito resultaria também – valha o paradoxo – desnaturalizado.

Do dito, depreende-se uma segunda apresentação: a minha discrepância com relação a uma lei *contra natura* é jurídica e não meramente moral. Dado que está na moda o talante analítico, recorrerei a exemplos triviais: se encontro pendurado num museu de primeira ordem um quadro que me parece uma pândega e o qualifico como tal, não seria muito razoável estimar que estou formulando um juízo moral; trata-se, sem dúvida, de um juízo estético, acertado ou equivocado. Se, farto de ver deambular pelo campo de futebol uma suposta figura galáctica, atrevo-me a sugerir que é um jogador muito ruim, não prognostico que ele vá se condenar; longe de emitir juízo moral algum, profiro, futebolisticamente, o ditame de que, embora venda camisetas, é um péssimo jogador. Não entendo, conseqüentemente, por que os juízos sobre obras de arte ou aportes futebolísticos deficientes teriam caráter estético ou esportivo, ao passo que os juízos sobre deficiências jurídicas teriam caráter meramente moral, juridicamente esotérico²². Tal ditame só se justificaria se eu

estivesse rechaçando tal norma jurídica por contradizer os meus maximalistas anelos morais; mas, o que na realidade afirmo, é que não satisfaz esse mínimo ético em que consiste o jurídico.

Como já disse, a denúncia das deficiências jurídicas observadas numa norma não me obrigam a negar-lhe caráter jurídico; penso, pelo contrário, que só o que é jurídico poderá ser juridicamente deficiente²³. Pretender que um cavalo coxo deixe de ser um equino seria tão desorbitado quanto atribuir-lhe as mesmas possibilidades, que a qualquer outro, de ganhar o *gran derby*. Mesmo reconhecendo que todo direito positivo é direito, isso não me impede proferir o ditame de que é juridicamente (e não só moralmente) melhor ou pior. Assunto distinto – fácil de assumir por mais de um inteligente positivista – é que este reconhecimento de uma norma como direito permita não só criticá-la juridicamente, mas também formular sobre ela quantos juízos morais vierem ao caso.

Se estacionarmos a perturbadora fé na existência de uma **positividade instantânea**²⁴, o jurídico se nos mostra como um conjunto de exigências de justiça destinadas a serem-se positivamente reconhecidas na convivência social. Um ordenamento jurídico que não reconhecesse ditas exigências conteria um **direito desnaturalizado**. Nisso se mostram conformes – com mais ou menos rigor – autodenominados positivistas, que consideram juridicamente deficientes os ordenamentos positivos (de preferência, de países longínquos...) que não respeitam nem garantem os direitos humanos²⁵. Mas, se tais exigências de justiça não prosperassem através de um adequado **processo de positivação**, ficariam reduzidas a **direito ilusório**; mais útil, às vezes, para legitimar, retórica e oportunamente, a opressão do que para fazer a convivência mais humana.

Precaução, falácia...

A partir do positivismo jurídico, pelo contrário, tem-se insistido em fundar a inexistência de um direito natural na obrigatória distinção entre direito e moral. Tal postura não deixa de resultar discutível, já que, na verdade, obrigaria a separar o **direito positivo** tanto da **moral natural** como da que, de forma **positiva**, se mostra vigente numa sociedade determinada. Não vejo por que o respeito de tal distinção entre direito e moral faça o reconhecimento do direito já positivado incompatível com a existência de outras expressões da realidade jurídica. A efetiva confrontação se produz, na realidade, entre dois conceitos de validade jurídica. Um a considera deteriorada quando não se respeitam determinados conteúdos ético-materiais de relevância propriamente jurídica. Outro a considera absolutamente alheia a um peculiar conceito do

“natural”, que não albergaria senão conteúdos morais ajurídicos; epistemologicamente, implicaria, inclusive, uma falácia, ao pretender derivar de aparentes premissas de fato conseqüências normativas.

É óbvio que quando reconhecemos exigências jurídicas naturais não estamos descrevendo dado fático algum²⁶. Pretender que, quando se recorda que um escravo deve ser libertado ou que um faminto tem direito a comer, estamos realizando uma descrição física, não deixaria de resultar surpreendente²⁷. Não o seria menos empenhar-se em sugerir que estamos limitando-nos a implorar uma fábula moral. Na realidade, estamos recordando que o homem, para ser tal, deve ver garantida, juridicamente, a sua liberdade e satisfeitas as suas necessidades básicas²⁸. A afirmação do que um ser livre é, identifica-se, necessariamente, com uma dupla exigência ética: como deve atuar e como deve ser institucionalmente tratado²⁹: em ambos os casos, com base na sua natureza³⁰. Do contrário, resultaria degradado³¹: não deixando de ser fisicamente homem, comportar-se-ia ou ver-se-ia juridicamente tratado de modo desumano³². Quando o natural se reduz a fato ou a dado meramente físico, do qual seria irracional derivar exigência ética alguma, esqueceu-se a sua metafísica dimensão entealquial³³, como verdadeiro desdobramento atualizador do que é essencial ao ser humano.

Uma apresentação menos rígida da validade jurídica, assim como uma visão mais realista da fluida conexão entre elementos ético-materiais e jurídico-formais, permitiria, pelo contrário, admitir que direito natural e direito positivo não são senão duas dimensões da mesma e única realidade jurídica³⁴. Para certificar se seria possível, para um autêntico jusnaturalista ou para um positivista conseqüente, aceitar tal apresentação, ter-se-ia de definir os limites da ortodoxia em ambas as linhas doutrinárias.

Tem-se salientado de que modo o termo direito natural se converte num autêntico *mare magnum* perante a inacabável combinação de acepções diversas do que cabe entender como direito ou como natural. Ter-se-ia que acrescentar que o mesmo ocorre em chave negativa quando, a partir das fortalezas positivistas, se critica o direito natural, sem que resulte fácil discernir se se está falando de Aristóteles, Ulpiano, Santo Agostinho, Hugo Grócio ou John Locke, nem sempre tão bem conformes uns com os outros.

A questão se complica, não só porque uma e outra doutrina albergam apresentações muito diversas, mas também porque, não poucas vezes, tendem, preguiçosamente, a resolver, por via negativa, o desconcerto que disso deriva³⁵. A principal tarefa que permitirá reunir “jusnaturalistas” de diverso cunho será as suas polifacéticas críticas ao positivismo jurídico; ao passo que o rechaço ao direito natural acaba servindo de último ponto de união a positivistas da mais diversa procedência. O resultado supera todo intento de pôr ordem a partir

de uma ou outra margem. A ninguém estranhará que algum – claramente vinculado ao clube – se dê por vencido e reconheça que “não há um direito ‘positivo’ no sentido em que emprega o termo o positivismo jurídico”³⁶.

No que me diz respeito, não me produz nenhum sufoco admitir que só é direito o direito positivo³⁷. As exigências jurídico-naturais privadas de positividade vêm-se reduzidas a patético testemunho de carência jurídica, sem capacidade para exercer o papel – nem formal, nem eticamente – de ordenamento jurídico alternativo. Empenhar-se em dizer que são mais direito do que o direito positivo parece-me empenho talvez louvável, mas juridicamente perturbador. Talvez isso explique o meu não dissimulado afã por vê-las, o quanto antes, positivadas, ou a minha resistência a que se torne relativo, irresponsavelmente, ingrediente jurídico tão indispensável.

Não considero, por outro lado, tão afastados de minha postura aqueles positivistas que defendem com denodo a existência de **direitos morais**. Se forem coerentes com a obrigatória distinção entre direito e moral, não poderão sustentar que algo tão jurídico – a ponto de ser catalogado como direito – possa ter uma relevância meramente moral. Na verdade, parecem plagiar, talvez sem sabê-lo, os clássicos gregos. Estes não duvidavam ao qualificar como direito natural aquela parte do direito positivo na qual era fácil detectar um fundamento universalizável; sem prejuízo de clamar ao céu (com Antígona), ao não caber-lhes na cabeça que a sua polis – presumida expressão da plenitude ética cidadã – pudesse, ao mesmo tempo, ignorar alguma outra exigência também fundamental. Quando ouço invocar direitos morais, não entendo que me seja sugerido que se trata de exigências ainda não jurídicas. Na verdade, está-se me chamando a atenção sobre os direitos mais jurídicos imagináveis; precisamente por fundar-se sobre exigências éticas e não sobre meras razões de oportunidade e eficácia. Daí as conseqüências previsíveis quando houver que proceder a sopesá-los em ponderação com outros direitos privados de tão sólido alicerce³⁸.

Assunto distinto é que não caiba marcar uma fronteira tão nítida entre “direitos” – baseados em exigências de justiça – e “políticas” – nascidas de considerações de oportunidade e eficácia³⁹. Uma taxativa distinção pareceria ressuscitar o dualismo entre um direito natural, fundamentador de direitos propriamente ditos, e um direito meramente positivo, gerador de políticas. Mais curioso ainda resultaria o estrambote desta cisão: um Poder Judiciário de tarefas jusnaturalistas contraposto a um Executivo (e, inclusive, Legislativo) com afãs positivistas⁴⁰.

Críticas a um legalismo compartilhado

À desejável confluência entre direito natural e direito positivo contribuíram decisivamente aqueles que puseram em questão, a partir de ambas as margens do mesmo rio, a presumida identidade entre direito e lei. Para eles, resultava particularmente viciado o obtuso dilema entre o positivismo legalista e um jusnaturalismo que – lei natural em riste – nada tinha a invejá-lo⁴¹ no tocante ao legalismo. Insistiu-se, com acerto, em que não cabia considerar irrelevante que se falasse de direito natural ou de lei natural, como se fossem sinônimos⁴². No direito já positivado, davam pé a ressaltá-lo distinções como a estabelecida entre “*Gesetz*” e “*Recht*” pelo artigo 20.3 da Lei Fundamental alemã⁴³ e outras previsões nela inspiradas⁴⁴.

Não é, sem dúvida, o mesmo – sobretudo a partir de um ponto de vista epistemológico – falar do justo por natureza e da lei natural⁴⁵. No primeiro caso, poderíamos estar detectando, através do direito já positivado, esse núcleo duro que gozaria de um fundamento de validade particularmente sólido, vinculado a conteúdos ético-materiais e não a meras razões convencionais de oportunidade ou eficácia. Assim ocorre nas mais fiéis interpretações do jusnaturalismo aristotélico, mas não menos na já aludida distinção entre princípios e políticas nos Estados de direito constitucionais contemporâneos. Em ambos os casos, estamos falando de direito *proprio vigore*, e não de utopias morais. A sua dimensão interpretativa facilita, no processo de positivação do direito, essa permeabilidade com relação a concretas exigências naturais, pela via da **natureza da coisa**⁴⁶, que a drástica denúncia profética da lei injusta – com tácita intenção alternativa – fazia inviável.

A assunção por parte dos teólogos cristãos de apresentações jusnaturalistas – de raiz aristotélica, de procedência estoíca ou legados pela jurisprudência romana – acaba derivando para um assimétrico protagonismo da lei natural. Não é, senão, a conseqüência lógica da verticalidade obrigatória para uma visão do mundo na qual irrompe um Deus – eterno e, ao mesmo tempo, pessoal –, criador da natureza física e orientador da via eticamente natural de aperfeiçoamento dos seres livres. A conseqüência imediata será, por um lado, o arranque da distinção entre lei natural e lei humana; delas, sempre em chave legalista, acabará suscitando particular atenção a sua possível contraposição (lei humana injusta ou lei natural não positivada). Facilita-se, por outro lado, a confusão entre exigências propriamente morais e outras, além disto, juridicamente relevantes⁴⁷; tudo isso no marco de uma lei natural da qual, ao teólogo, preocupa, prioritariamente, a sua obrigatoriedade moral, até chegar a considerar praticamente irrelevante uma validade jurídica faltosa de dito fundamento⁴⁸. Basta passar, na obra de São Tomás, do tratado sobre a lei àquele em que se ocupa da justiça para captar o alcance desta possível distorção;

encarregaram-se de aguçá-la não poucos ‘tomistas’, que – mais teólogos do que juristas – centraram a sua atenção no primeiro desses tratados, condenando o segundo quase ao esquecimento.

O direito natural, transmutado em lei natural, viu-se abocado a uma conflituosa relação com uma realidade jurídica positiva não menos legalista. Com efeito, a ruptura com o jusnaturalismo clássico, na Modernidade, não faz senão secularizar o legalismo dos teólogos. Dissocia-se, isso sim, a anterior harmonia entre *ratio* e *voluntas* ao se entronizar uma divindade, agora mais cósmica do que pessoal e, em todo caso, deistamente longínqua. O jurídico reduz-se, em Hobbes, à lei, expressiva da vontade arbitrária do Leviatã. Para legitimá-la, apela-se ao *pacta sunt servanda*⁴⁹, como último resíduo de uma des-ontologizada lei natural, que parece antecipar a função meramente transcendental da norma básica kelseniana.

A lei natural resultará, muito rapidamente, supérflua. No âmbito continental, perante o convencimento da possível perfeita positividade, de uma vez por todas, das exigências ético-jurídicas naturais, depositadas numa razão alheia à historicidade do real. No âmbito anglo-saxão, Bentham herda o empirismo hobbesiano para acometer uma ambiciosa ciência da legislação, expressiva de uma aritmética em imperativo⁵⁰, fruto do cálculo utilitarista. Um código positivado seria, em ambos os casos, a saída obrigatória. Já não é preciso, pois, direito natural algum; nem como fundamento, nem sequer como condição virtual. Passar-se-á a olhá-lo como um incômodo rival, merecedor de toda desconfiança. Por um acaso, tratar-se-lo-á como uma instância ‘ideal’, que não merecerá o nome de direito enquanto não se vir positivada.

Não cognitivismo ético e direito

Estabeleceram-se, assim, as premissas do que chega a se caracterizar como a **filosofia do direito como conceito histórico**⁵¹; obrigatoriamente entendida como “filosofia do direito positivo”. A validade do direito passa a se auto-fundar de modo imanente. Parece desvincular-se de toda referência à justiça, dentro de um sistema depurado do condicionamento ‘estático’ dos conteúdos ético-materiais jusnaturalistas; ter-se-ia que dar passagem a uma ‘nomodinâmica’, que não seria senão arbitrariedade procedimentalmente submetida a controle. Mas a realidade continua sendo bem distinta.

O não-cognitivismo ético assumido por Kelsen não resulta de fácil digestão. O positivismo da jurisprudência de conceitos – que compartilha com a Escola da Exegese o papel de matriz da nossa dogmática jurídica – continuará sendo abertamente cognitivista. Apóia-se no conhecimento

racional de uns conteúdos éticos positivados e no seu – não menos racional – manejo lógico, capaz de aplicá-los à realidade⁵²; a vontade ficava estacionada no âmbito meta-jurídico da política. Este nada rigoroso positivismo jurídico, eticamente cognitivista, é o que – não poucas vezes, de modo inconsciente – hoje perdura⁵³.

Caberá também, em variante escandinava, vincular, *more sociológico*, a validade jurídica à prática social, como via para desmitificar uma metafísica jusnaturalista reduzida a jogos de mágica. A validade jurídica acaba apoiando-se numa “obediência desinteressada”, geradora de vigência social⁵⁴.

A confusa “regra de reconhecimento” de Hart não parece dar-lhe retaguarda. Kelsen havia acabado por conceder que – ainda que não lhe servisse de fundamento – a eficácia condicionava decisivamente⁵⁵ a validade jurídica, já que seria absurdo atribuí-la ao não vigente; teríamos, pois, norma básica pressuposta e condição pré-básica imposta. Hart, dentro da sua confusa escamoteação⁵⁶, prefere situar a chave do sistema ao final, a benefício de inventário. A validade se apóia numa regra de reconhecimento cujo conteúdo, em indissimulável circularidade⁵⁷, não será senão expressão do que vá tendo por válido⁵⁸; ou seja, se nos é permitido o casticismo: se com barbas santo antão, se não, a puríssima conceição... ”

Constitucionalismo jusnaturalista?

A permanência com vida do cognitivismo ético resulta obrigatória, porque a segunda metade do século XX não arranca num cenário proclive ao culto a uma arbitrariedade presumidamente controlada⁵⁹. A amarga evidência da perversão do ordenamento jurídico leva a ressuscitar a velha querela da lei injusta, através da hoje novamente evocada “fórmula de Radbruch”, que apelava a um “direito supralegal” e admitia como possível uma inquietante “antijuridicidade legal”⁶⁰.

No pós-guerra, meia Europa se reconstrói sobre Estados de direito constitucionais; como o fará mais tarde a outra metade, em etapas sucessivas, após as transições democráticas da península ibérica e a queda do muro berlimense. Insistir-se-á com isso – também fora de um marco jusnaturalista – na importância da distinção entre lei e direito, até chegar a sugerir que a clássica expressão “Estado de direito” se plasmaria de modo mais fiel como “Estado de direitos”. O motivo seria o indispensável de uma ancoragem em algo objetivo, em algo mais forte do que as razões e as vontades políticas, para o qual “o direito devia recuperar algo indiscutível” que pudesse tomar-se como “ponto de partida, ‘natural’ e não controverso”. A solução para o problema consistiu

na constitucionalização dos direitos, afastando-se “[d]a tradição estatalista do Estado de direito oitocentista”⁶¹.

A consequência inevitável será que, nos ordenamentos constitucionais, a validade não depende só dos aspectos formais da produção normativa, “que permitem afirmar o ‘ser’ ou a existência das normas”; depende igualmente da valoração da conformidade do seu conteúdo com o ‘dever ser’ jurídico estabelecido por normas superiores, que, de resto, “têm incorporado, de fato, grande parte dos princípios de justiça tradicionalmente expressos pelas doutrinas do direito natural”. Como consequência, o antigo conflito entre direito positivo e direito natural e entre positivismo jurídico e jusnaturalismo tem perdido grande parte do seu significado filosófico-político⁶². Não é de se estranhar que se chegue a diagnosticar a “crise ou morte” de um positivismo que “bate em retirada”. Se se dá uma “sobrevivência inercial”, será um exemplo a mais de como a realidade caminha mais depressa do que as idéias, já que “o constitucionalismo alenta uma ciência jurídica ‘comprometida’, que põe em questão a separação entre direito e moral”⁶³.

Mesmo mantendo as sacrossantas distâncias entre direito e moral, um “juspositivismo crítico”, preocupado com a valoração e crítica do direito vigente – não só do ponto de vista externo ou político da justiça, mas também do ponto de vista interno ou jurídico da validade substancial –, não poderá continuar obstinando-se em separar taxativamente ser e dever ser. Pelo contrário, ter-se-á de admitir “a dupla divergência entre dever ser e ser ‘no’ e ‘do’ direito positivo”; assim como as diversas formas de incoerência e de ilegitimidade que disso se sigam⁶⁴.

Faz-se necessário, inclusive, reconhecer com honestidade que os princípios constitucionais “assemelham-se, na sua formulação universalista e abstrata, aos princípios de direito natural” e que as Constituições reflitam “a ‘ordem natural’ histórico-concreta das sociedades políticas secularizadas e pluralistas”; são expressão de um “momento cooperativo”, diverso dos “momentos competitivos” entre grupos políticos, nos quais surgem as leis. Daí que o estilo e o “modo de argumentar ‘em direito constitucional’” se assemelhe “ao modo de argumentar ‘em direito natural’” e, inclusive, que o recurso aos princípios reproduza uma situação similar à que desmente a sua suposta ‘falácia naturalista’: “a realidade expressa valores e o direito funciona como se um direito natural regesse”⁶⁵. Sugere-se que “o papel que antes desempenhava o direito natural com relação ao soberano, desempenha-o agora a Constituição com relação ao legislador”, com o qual o constitucionalismo implica “uma revitalização do velho direito natural”⁶⁶.

Direitos fundamentais com fundamento

Passou-se do entender os direitos no marco das leis ao entender as leis (validez incluída) no marco dos direitos. Estes deixaram de ser “concessões legais voluntárias do Estado” – concebidas para controlar a Administração – para expressar uma ordem de valores prévia ao direito legislado⁶⁷. Mas os direitos, por mais que agora sejam invocados como o *big bang* da realidade jurídica, não são senão o resultado de um ajustamento das relações sociais: a expressão, em chave subjetiva, das exigências que derivam dessa justiça objetiva que contribui a configurá-los⁶⁸.

Os direitos *humanos* – adjetivo que só cobra sentido se contarem com um fundamento peculiar, estejam ou não já “postos”⁶⁹ – convertem-se em essência do politicamente correto. Como o rigor nem sempre parece exigível, o direito natural capaz de brindar-lhes fundamento próprio continuará sendo considerado academicamente incorreto...

O novo cenário anima a reapresentar o arraigado enfrentamento de direito natural contra direito positivo⁷⁰, para tentar reuni-los na busca de um direito vigente⁷¹ mais humano (ou, pelo menos, menos desumano). Este esforço se converteria, porém, numa autêntica levitação, ante o incerto do chão epistemológico capaz de fazer viável a sua fundamentação.

Reabilitação da filosofia prática

A fenomenologia havia brindado passageiramente um novo conceito do natural (*Natur der Sache*), concretizado numa estrutura *lógico-reais* que permitiriam à lei aterrissar na justiça do concreto. Por dita senda, mas com maior ambição, aponta-se, a seguir, a uma ontologia relacional⁷² capaz de reabrir, confessadamente, a porta ao cognitivismo ético⁷³. A indigência e a necessidade de superá-la mostram-se como “características ontológicas do homem”, que nos revelam a sua “relacionalidade coexistencial”⁷⁴.

Os intentos de dar passagem a um jusnaturalismo não legalista se esforçam por reconciliá-lo com a historicidade do jurídico⁷⁵. Entre nós, irá se antecipar à posterior deriva rumo à hermenêutica gadameriana, que recorre – através da “*inteligencia sentiente*” e da “*personidad*” de Zubiri – a uma inclusão do direito entre as “coisas-sentido”. Isso o levará a apresentar a possibilidade de que esse “ser-sentido” limite e condicione a livre decisão e a criatividade humanas, sendo, ao mesmo tempo, “algo que o homem há de elaborar e constituir”. A conclusão aponta para que “o justo e o jurídico são uma só e mesma coisa”, mas o justo abre passagem “através da ação humana, como tarefa a realizar” por uma “razão prática determinada e situada historicamente”⁷⁶.

Um motivo a mais para constatar que não se podem distinguir duas ordens jurídicas diferentes, dois direitos distintos: também o direito natural, “enquanto existente [...] há de sê-lo como direito positivo”, sem prejuízo do diverso fundamento de validade de uns e outros preceitos⁷⁷.

Nesta reabilitação da filosofia prática confluem, pois, esforços diversos. Ressaltar-se-á de que modo a estrutura epistemológica do jusnaturalismo tem como primeiro elemento “a problematicidade” e não “a dogmaticidade”⁷⁸. Com isso, põe-se em questão um dos dogmas positivistas, presentes ainda hoje em suas versões mais ‘inclusivas’. A sua inclinação a subscrever, tacitamente, uma positividade ‘instantânea’, leva a dar por certo que o jusnaturalismo remete a um direito “preexistente”⁷⁹. Ignora-se, uma vez mais, a distinção entre lei (positiva ou natural) e direito, e em que medida este pressupõe sempre o final de um processo, e não a sua premissa inicial.

O fenômeno desborda o marco continental e se fará notar nos esforços dos ‘neoclássicos’ anglo-saxões por desentranhar a dimensão conformadora da razão prática⁸⁰.

Xeque-mate ao normativismo

A inclinação a apresentar o direito como um sistema de normas entra em crise perante o necessário reconhecimento do caráter jurídico dos princípios⁸¹. Os escritos de Esser, no âmbito alemão, encontrarão inesperada coincidência no arranque da polêmica anglo-saxã, ao se reconhecer que, se se ignora o seu papel, a dinâmica do ordenamento resultaria falseada⁸². As conseqüências serão mais relevantes para as apresentações positivistas do que para o jusnaturalismo⁸³, que tende a identificar-se com inclinações ‘principalistas’.

O próprio Hart se vê obrigado a reapresentar o seu normativismo, reconhecendo como “um defeito do meu livro que os princípios sejam tocados só de passagem”, pelo qual “foi um erro muito sério de minha parte não ter enfatizado a sua força não concludente”. Empenha-se, não obstante, em tornar relativo o seu contraste com as normas ao considerar que a sua “distinção é uma questão de grau”⁸⁴.

A relevância do “sentido” como eixo da realidade jurídica obrigará a questionar as artificiosas fronteiras apresentadas a partir do positivismo entre uma crítica ‘externa’ metajurídica e uma possível crítica jurídica ‘interna’; ou entre a aplicação de normas propriamente jurídicas e o recurso, nitidamente discricionário, a critérios morais. Chegar-se-á a admitir que “o direito positivo pressupõe, mas não pode impor, uma compreensão de sentido”, e nos remeterá ao “ambiente cultural em que se acha imerso”, um direito que já não pode

erigir-se como sistema normativo independente e auto-suficiente⁸⁵. Fica por discernir se tal ‘ambiente’ flutua no vazio ou se é fruto da captação – histórica, sem dúvida – de uns critérios objetivos⁸⁶.

Haveria que se perguntar, com efeito, “por que consideramos como ‘direito’ sistemas de regras tão diversos entre si, a não ser porque a ‘coisa’ de que tratam é, de algum modo, comum”. Talvez – mais do que dar por suposto que o texto tem um sentido – resulte aconselhável preocupar-nos em captar um sentido jurídico que caberá encontrar em um ou vários textos. É “o direito, enquanto sentido específico do agir humano, aquilo que, previamente, confere significado aos textos, que, precisamente por isso, se consideram ‘jurídicos’”⁸⁷.

Não é estranho que, após considerar “confuso falar de ‘positivismo corrigido ou ético’ para aludir à presença de valores”, como a liberdade ou a igualdade, se interogue: e “por que não a xenofobia ou a discriminação racial?”⁸⁸. Aponta-se que “a re-materialização da Constituição através dos princípios supõe um deslocamento da discricionariedade da esfera legislativa à judicial”; mas, ir-se-á tranquilizar-nos: não se trataria, nesta ocasião, de uma “discricionariedade imotivada”, mas, sim, “dominada por uma depurada argumentação racional”. Além do problema que isso apresenta ao positivismo – que “é uma teoria do direito sem teoria da argumentação” –, o convite a realizar um juízo de razoabilidade obriga a questionar-se sobre “qual é a fonte do razoável”, e, inclusive, a reconhecer que não é na Constituição, mas “fora dela”⁸⁹, onde o juiz há de buscar o critério decisivo.

A resposta – nos é sugerido – remeteria a uma positiva “moral social”, ou, por ventura, “gremial”, mais do que à “moral crítica”, característica da tradição jusnaturalista; os direitos humanos constitucionalizados teriam seu fundamento “numa vontade histórica, isto é, numa moral social legalizada”⁹⁰. Uma remissão deste tipo, que excluiria toda dimensão ‘utópica’ nos conteúdos constitucionais, não nos parece muito acorde com a realidade⁹¹.

Porosidade entre direito e moral?

Em todo o caso, acaba fazendo-se inevitável submeter à crítica o conceito de ‘positividade’, ao resultar inviável manter a idéia de que o direito se converte em positivo, de uma vez por todas, a golpe de lei⁹². A ‘porosidade’ das normas jurídicas, com relação a juízos de valor sem os quais não podem cobrar sentido, faz-se evidente; resultará, por conseguinte, cada vez menos fácil encontrar um caso não-‘difícil’.

Não estranhará a ninguém que se faça necessário rerepresentar a mítica separação entre direito e moral⁹³, questionando o normativismo ou, inclusive,

dando passagem a um positivismo jurídico 'inclusivo'. Enquanto isso, o 'excludente' continuará considerando discricionário, em sentido forte, os passos finais de um trabalhoso processo de positivação do direito sem unidade de ato; paradoxalmente, boa parte do assim positivado não será propriamente jurídico.

O uso pouco discriminado do termo 'moral' contribui, sem dúvida, a confundi-lo por completo. Mesmo assim, os positivismos 'excludentes', como o de Raz, parecem menos forçados. Se se subscreve, de modo convicto, a possibilidade de identificar nitidamente o alcance real do direito positivo, com o pano de fundo normativista de uma possibilidade instantânea (ou tudo ou nada...), qualquer decisão que não encontre apoio numa norma posta (de conteúdo claro) só poderia encontrá-lo num âmbito metajurídico ('moral'), no qual o juiz optaria discricionariamente pela solução que considerasse mais oportuna.

Se, pelo contrário, abandonarmos esse marco normativista de modo coerente, caberia admitir que, na realidade, o que assim se está positivando é, precisamente, direito, e não exigências propriamente morais, alheias ao âmbito do justo. Achamo-nos, sem mais, dentro do processo de determinação do justo que toda atividade jurídica leva consigo.

Quando não se valora adequadamente esta dimensão progressiva da razão prática e se esquece a fronteira entre as moderadas exigências da justiça – jurídicas todas elas, por definição – e outras exigências propriamente morais de tendência maximalista, condenamo-nos à confusão. Ser-nos-á dito, por exemplo, que, à hora de atuar, "o dever do juiz será o mesmo, a saber: fazer o melhor juízo moral que puder sobre qualquer questão moral que tiver que resolver. Não importará, para qualquer propósito prático, se, ao decidir assim os casos, o juiz se vir 'criando' direito de conformidade com a moralidade (sujeito a qualquer limite que esteja imposto pelo direito) ou, alternativa-mente, guiado pelo seu juízo moral, como se um direito previamente existente tivesse sido revelado por uma prova moral para a determinação do direito". Esta descrição, tão alheia à distinção entre direito e moral própria de qualquer jurista continental, acaba sugerindo que o juiz irá se sentir chamado a exercer uma discricção judicial criadora, de conformidade com o seu entendimento da moralidade, embora sujeito a qualquer limite que lhe for imposto pela ordem jurídica⁹⁴.

Não há tal porosidade entre direito e moral. O problema não é, a meu parecer, que – com a falta de direito – tenhamos, para além dos seus limites, que recorrer à moral. As exigências éticas alheias à justiça serão sempre e tão só (e nada menos que) exigências propriamente morais. Ao passo que as exigências de justiça serão sempre exigências jurídicas, mais ou menos – melhor ou

pior – positivadas; não resulta conveniente confundi-las⁹⁵. Nunca nos faltará, pois, direito; assunto distinto é que os limites da norma escrita nos brindem mais ou menos chão sobre o qual sustentá-lo⁹⁶. O que positivamos, sem outra discricionariedade que a do agir razoável que caracteriza a prudência, são exigências jurídicas que, desprovidas de dito chão, vagariam como almas penadas.

Assunto distinto é que possam surgir discrepâncias à hora de captar os perfis dessas exigências jurídicas. Não se dão menos na leitura das já presentes na norma escrita, ao ser sempre interpretativa; fixar os seus limites encerra uma cooperação dialogada entre a que pôde ser a sua captação pelo legislador e a que realiza o juiz. Em casos anômalos de clara discrepância, que convidariam a uma aplicação judicial *contra legem*, será o respeito aos canais procedimentais exigidos pela justiça mesma⁹⁷ o que vedará ao juiz a possibilidade de erigir-se em legislador, rechaçando que possa impor, sem legitimação alguma, a sua própria visão do direito.

Da fuga do 'forte' à dúvida demiúrgica

Direito natural e direito positivo convidam-nos, hoje, a que os consideremos, mais propriamente, como pólos animadores de um único processo de positivação jurídica, que combina a inevitável emissão de juízos de valor com o seu necessário contraste procedimental. Não é, pois, estranho que se constate uma crescente convergência entre jusnaturalismo e positivismo jurídico.

Seria, não obstante, excessivo considerar resolvida a velha contraposição. As fronteiras entre as mais recentes re-interpretações de São Tomás e o positivismo 'inclusivo' parecem continuar instaladas em dois pontos de discrepância. Por um lado, a admissão ou não de um **fundamento ontológico** realista nesses inevitáveis ingredientes ético-materiais do processo de positivação. O alcance, por outro lado, de uma consideração epistemológica cognitivista de dito processo, como autêntico 'juízo', fruto do exercício de uma **razão prática** que descarta toda discricionariedade arbitrária.

Significativo, a respeito, seria o presumido dilema entre uma "justificação relativista" e outra "objetivista" de tais juízos. Esta última implicaria a existência de um fundamento objetivo, que levaria consigo "uma certa concepção da justiça, ou do bem comum", embora o direito positivo possa desviar-se negativamente dela sem perder a sua juridicidade. A isso se oporia a tese da radical contingência do direito positivo, a partir do ponto de vista ético, que levaria a admitir que não cabe apresentar-se "nenhum conteúdo jurídico necessário". Não se excluiria, no entanto, "uma integração ou extensão do

sistema jurídico”, produzida em plena coerência com o conteúdo das restantes normas e, portanto, “de modo algum discricionária, muito menos arbitrária”⁹⁸. Parece continuar latejando, no fundo, a arraigada confiança do mais clássico positivismo na possibilidade de uma descrição do sistema jurídico existente, que caberia ‘estender’ em seguida⁹⁹.

O presumido dilema não parece ser tal, já que estaríamos movendo-nos no âmbito do conhecimento – sem dúvida prático, mas também, enquanto subjetivo, inevitavelmente relativo – de algo que ou remete a alguma realidade objetiva (obviamente, não coisificada¹⁰⁰), ou não seria senão um cheque em branco para revestir de coerência a arbitrariedade. A rigor, resulta discutível que sejam os próprios princípios constitucionais – e não o seu conhecimento – os que mereçam a qualificação de “vagos, genéricos e, às vezes, ambíguos”¹⁰¹. Sobretudo, porque só caberia considerá-los tais em tácita comparação com outros mais claros, específicos e unívocos; o que não parece fácil se se descarta todo ponto de referência objetivo.

Uma vez mais, tem-se mais claro o que se rechaça que o que se propõe. Considera-se radicalmente incoerente a “noção de uma ‘realidade em si’ como a elaborada pelo realismo metafísico”, já que só contaríamos com “uma realidade para nós”¹⁰²; o que parece sugerir que a anterior, puramente autista, nunca poderia ser real para nós. É, pois, um anátema metafísico o que rechaça toda objetividade; se fossem coerentes, isso nos limitaria a conhecer-nos a nós mesmos e a sair da conseqüente perplexidade do único modo possível: deixando que uma vontade discricionária e arbitrária faça aquilo que a razão se mostra incapaz de brindar. Para Kelsen, por ser positivista, não lhe tremeu o pulso; para outros, parece resultar demasiado forte.

Talvez tenhamos chegado ao núcleo da questão. O ‘forte’, seja qual for o seu sinal, converteu-se em politicamente incorreto; também, portanto, qualquer “forma forte de cognitivismo”, que remete a uma “intuição fundamental”, como a que exigiria o “realismo ético”¹⁰³. Por conseguinte, o academicamente correto será não só se instalar na dúvida – puro sintoma de inteligente sentido crítico –, mas, sim, postular para essa dúvida um referente real, nem objetivo, nem subjetivo, mas muito pelo contrário. Temos, pois, de abraçar uma dúvida demiúrgica. Constatar a problematicidade prático-cognitiva das soluções justas seria pouco. A golpe de inconfessáveis intuições, temos de fabricar para nós, dissimuladamente, um mundo que, sem ser objetivo, nos sirva de chão para afundarmos na arbitrariedade. A verdade é que muito positivista não fica, mas, ao menos, sim, que é voluntaristamente ametafísico. Como prêmio, poderíamos nos convencer de que não estamos contrapondo, “de modo mutuamente excludente, a um objetivismo forte um relativismo não menos forte”¹⁰⁴.

Invocar-se-á, para tal efeito, um “pluralismo de esquemas de representação da realidade”¹⁰⁵; mas, por muito plurais que fossem tais esquemas, a realidade à qual nos remetem teria de ser a mesma, ainda que se nos proibisse confessá-lo. A dúvida demiúrgica nos obriga, pelo contrário, a inventar para nós uma realidade a tal ponto relativa que resulte suscetível de inconexos conhecimentos objetivos. A solução estaria na “passagem de uma objetividade metafísica a uma objetividade epistêmica”, concebida “em termos procedimentais e não já substanciais”, mediante o recurso a técnicas e procedimentos corretos e apropriados¹⁰⁶.

O procedimental como falsa alternativa

O problema do procedimentalismo é que, conforme se enfoque, pode deixar sem substância os princípios constitucionais; recupera-se, em troca, o mais vulnerável do positivismo jurídico: a sua presumida dimensão ‘técnica’. Ressuscita, assim – se bem que, para maior mérito, de modo incerto –, o metodológico, quando já resultava impossível fechar os olhos perante a obviedade dessa quotidiana “eleição do método”¹⁰⁷, urgida por exigências substanciais. As técnicas só se nos mostram corretas ou apropriadas à luz do resultado, cujo caráter satisfatório pré-compreendemos graças a intuições de justiça. O procedimental não pode, pois, entender-se como alternativa substitutiva do substancial, mas como via de acesso aos conteúdos ético-materiais; ou, em caso extremo, como recurso para evitar que a dificuldade de um acesso fiável a eles condene à mais crassa arbitrariedade.

Assim ocorre perante situações de tão complexo ajuizamento, a ponto de se ter chegado, no âmbito penal, a apelar ao “direito do Estado de equivocarse”, quando se produz a detenção de quem, depois, se constata inocente. Achar-nos-famos perante “a inevitabilidade de adotar uma decisão com um desconhecimento específico”, e num contexto em que “diminui a confiança no acesso dos homens à realidade (teoria do conhecimento) e, a partir do ocaso da certeza, num direito natural (filosofia jurídica e dos valores)”. Não obstante, esta fundamentação procedimental continuaria implicando “um degrau mais elevado que o do positivismo”. Não pretende substituir a verdade, mas – dando por suposta a sua existência – acode a procedimentos que “garantam ou, pelo menos, prometam, de acordo com uma teoria dos valores, justiça; de acordo com uma teoria do conhecimento, verdade”. Longe de todo intento substitutivo, “a busca da verdade ou da justiça se assegura através de procedimentos”, com o que “a justificação procedimental continua sendo a exceção”, cheia de provisoriade”, ao passo que a comprovação “[d]a existência de um melhor direito continua sendo a regra”¹⁰⁸.

Na relação entre o plano de constitucionalidade e o da legalidade – e, por conseguinte, entre o Tribunal Constitucional e o Poder Legislativo – o “predomínio do procedimental” convidaria o primeiro a garantir “não tanto a identificação com determinados conteúdos concretos” mas com “o respeito por determinados procedimentos à hora de chegar a eles”; reservar-se-iam, assim, “ao Legislativo amplos âmbitos de decisão”. Não haverá, no entanto, possibilidade de dissimular que “subsistem, sem dúvida, em muitos casos, questões jurídicas que só poderão ser resolvidas recorrendo a critérios substanciais”¹⁰⁹.

Demasiado, pois, para dar por resolvido o debate, ainda...

¹⁰⁹ Professor Catedrático de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Rey Juan Carlos de Madri. Este trabalho foi levado a cabo contando com a ajuda prestada pelo Ministério da Educação e Ciência ao projeto (SEJ2004-05009/JURI) sobre “Os direitos humanos na sociedade da comunicação”, do qual sou pesquisador principal. Traduzido por Frederico Bonaldo.

Notas

1 DELGADO PINTO, J.. “Aula Magistral na sua investidura como Doutor *honoris causa* pela Universidade Carlos III, de Madri”, em 06/10/2004 (citamos do original, amavelmente facilitado pelo autor).

2 Para recordar só alguns de seus aportes: “Derecho. Historia. Derecho Natural”. In: “Anales Cátedra Francisco Suárez” (Universidad Granada), 1964 (4/2), pp. 73-174; “Obligatoriedad del Derecho y deber jurídico en el positivismo contemporáneo: el Pensamiento de Hans Kelsen”. In: “Anuario de Filosofía del Derecho” 1978 (XX), pp. 1-43; “De nuevo sobre el problema del derecho natural” (Discurso lido na solene abertura do Curso Académico 1982-83, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982); “Reflexiones acerca del significado de la pregunta por la fundamentación ontológica del derecho” In: “Persona y Derecho” (Universidad de Navarra) 1982 (9), pp. 19-29; “La obligatoriedad del derecho y la insuficiencia tanto del positivismo jurídico como del iusnaturalismo” In: “Revista de Ciencias Sociales” (Universidad de Valparaíso) 1996 (41), pp. 101-121.

3 J. M. TRIGEAUD ressalta no positivismo jurídico tanto “a redução do direito mesmo à lei” como o fato de que “a moral não é, por sua vez, respeitada como tal, mas, sim, na medida em que pode ser direito e, por conseguinte, conversível em lei” (*Justice et tolérance*. Bordeaux : Bière, 1997, p. 105).

4 Advertido o qual, compreender-se-á que a minha apresentação resultaria dificilmente inteligível se se subscreeve um conceito lato de moral (*morality*), que incluiria todas “as considerações normativas vinculantes de qualquer tipo”, mesclando, inevitavelmente, as só propriamente morais com as estritamente jurídicas, animando, inclusive, a apresentar questões, tão surpreendentes para qualquer jurista, como (na tradução portuguesa) “em que consistem os direitos jurídicos? [no original, *legal rights*] Como se relacionam com os direitos morais?” (RAZ, J.. *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 254 e 238; versão espanhola, *La ética en*

el ámbito público. Barcelona: Gedisa, 2001, pp. 294 e 277). Não menos acrobática resulta – na rigorosa tradução de Cristóbal Orrego – a referência de J. FINNIS à “obrigação jurídica em sentido estrito”, distinguindo-a da “obrigação jurídica em sentido moral” (*Ley natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 382).

5 Por exemplo, a que recebi do Professor Francesco Viola para redigir o verbete “Diritto naturale e positivo” na nova edição da *Enciclopedia filosófica* da editora Bompiani. Tal recente contribuição servirá, agora, em boa medida, de fio condutor a estas mais extensas reflexões.

6 CANTERO NUÑEZ, E.. *El concepto del derecho en la doctrina española (1939-1998)*. *La originalidad de Juan Vallet De Goytiso*. Madrid: Fundación Matritense Notariado, 2000, p. 131, onde me critica por uma “reapresentação do direito natural” que “parece devida” à minha “perspectiva democrática”.

7 Por todos, WALUCHOW, W. J.. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

8 Isso leva J. DELGADO PINTO a estimar que, embora R. Dworkin tenha protagonizado “o ataque mais poderoso contra o positivismo jurídico nos últimos decênios”, por não subscreever este ponto, ter-se-ia considerado a sua teoria “sem fundamento, como uma versão do jusnaturalismo” (“La noción de integridad en la teoría del derecho de R.Dworkin: análisis y valoración” In: “Derechos y Libertades” 2002 (11), pp. 15, 38 e 37). J. FINNIS, pelo contrário, após indicar que “uma teoria da lei natural não necessita ter como principal preocupação, nem teórica nem pedagógica, a afirmação de que ‘as leis injustas não são leis’”, acrescenta: “na realidade, não sei de nenhuma teoria da lei natural em que essa afirmação, ou qualquer coisa parecida, seja algo mais que um teorema subordinado” (*Ley natural y Derechos Naturales*, cit. na nota. 4, pág. 379). P. SERNA o subscreeve: “na tradição do direito natural não passa de ser um corolário sem “caráter central” (“Sobre el ‘Inclusive legal positivism’. Una respuesta al

prof. Vittorio Villa” In: “Persona y Derecho” 2000 (43), pág. 135).

9 Também J. FINNIS estima que “não serve para pensar com clareza, nem para nenhum fim prático bom, obscurecer a positividade do direito (*law*), negando a obrigatoriedade jurídica ‘no sentido jurídico ou intra-sistemático’ de uma regra recentemente declarada juridicamente válida e obrigatória pela mais alta instituição do ‘sistema jurídico’” (*Ley natural y Derechos Naturales*, cit. na nota 4, pág. 384). Para F. VIOLA, não cabe considerar que em São Tomás “uma lei injusta não é direito válido”; daí que sugerisse razões para obedecê-la, “embora não encarna o conceito de lei na plenitude de seu significado, ao não ser conforme à razão” (“La conoscenza della legge naturale nel pensiero di Jacques Maritain” In: *Jacques Maritain oggi*. Monza: Vita e Pensiero, 1983, p. 568).

10 Da gama de problemas “deontológicos” com os quais se pode tropeçar um jurista, ocupei-me em “Deontología jurídica y derechos humanos”, incluído em *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología*, t. I. Murcia : UCAM-AEDOS, 2003, pp. 53-72.

11 F. GONZÁLEZ VICÉN contempla tal circunstância com uma, nos dias de hoje, pouco habitual fleuma, digna do mais clássico positivismo. O “único autêntico” ponto de vista para fundar uma obrigatoriedade ética do direito seria a crença em que “toda autoridade na terra procede de Deus e merece acatamento”. A justificação alternativa, baseada na presumida garantia da segurança jurídica, “é a ideologia clássica da classe burguesa”, e encerra “um arremedo ou subterfúgio para justificar ‘qualquer’ direito, independentemente do seu conteúdo”. Tudo isso o leva a afirmar que “se um direito entra em colisão com a exigência absoluta da obrigação moral, este direito carece de vinculatoriedade e deve ser desobedecido”. Isto é, que, “enquanto não haja um fundamento ético para a obediência ao direito, há, sim, um fundamento ético absoluto para a sua desobediência”. Esta “limitação da obediência ao direito pela decisão ética individual significa o intento de salvar, nem que seja negativamente e de modo

esporádico, uma mínima parcela de sentido humano numa ordem social destinada em si à manutenção e à asseguaração de relações específicas de poder” (“La obediencia al derecho” In: *Estudios de filosofía del derecho*. La Laguna: Universidad, 1979, pp. 366, 380, 385, 388 e 397).

12 Sublinha-o F. D’AGOSTINO: “como as regras da linguagem não podem ser reenviadas a uma super-linguagem, que se erija em medida de todas as línguas particulares, mas são imanentes à própria linguagem e constituem até tal ponto o seu índice de expressividade que não podem ser violadas, sob pena de levar à incompreensibilidade parcial ou, inclusive, total do lingüisticamente expresso, assim o direito natural não está contido num super-código, mas nas próprias normas de direito positivo, das quais constitui fundamental razão de ser, com cuja falta o direito positivo mesmo decai num sem-sentido, com a consequência de que a sua obrigatoriedade tende a perder-se com extrema rapidez” (*Diritto e giustizia. Per una introduzione allo studio del diritto*. Torino: San Paolo, 2000, pág. 26).

13 Em tal sentido, penso que caberia reduzir a dois os três elementos em torno dos quais R. ALEXY faz girar o direito: “o legal e o eficaz”, que constituiriam para ele o seu “aspecto real ou institucional”, e o “o correto”, que suporia a “sua dimensão ideal ou discursiva” (“La institucionalización de la razón”. In: “Persona y Derecho”, 2000 (43), pág. 218). Dado que o ‘real’ parece cobrar uma relevância mais sociológica que ontológica, teria menos a ver com a validade jurídica do que com uma vigência prática, constatável *a posteriori*, que poderia, sem dúvida, ver-se comprometida por possíveis déficits de ‘correção’.

14 Assim poderia considerá-lo J. DELGADO PINTO, partindo da idéia oposta: se “as normas jurídicas impõem verdadeiros deveres na medida em que são justas; se são injustas, não obrigam”, “então, estamos na presença de um simples dever moral”. Admite, no entanto, que “uma atualização acertada das teses defendidas pelos representantes ‘clássicos’ do jusnaturalismo poderia permitir a elaboração de uma doutrina imune” a tal crítica, que

reconhece coincidente “com a manejada por conhecidos autores positivistas” em seus escritos polêmicos (“La obligatoriedad del derecho y la insuficiencia tanto del positivismo jurídico como del yusnaturalismo”, cit. na nota 2, pp. 116 e 120-121).

15 “O conselho é uma ordem à que obedecemos por uma razão que deriva da coisa mesma que é ordenada. O mandato, por sua vez, é uma ordem à que obedecemos em razão da vontade de quem manda” (HOBBS, T.. *De cive*, XIV (tradução de A. Catrysse). Caracas, 1966, p. 217). Sobre a distinção entre sistemas estáticos e dinâmicos v. KELSEN, H.. *Teoría pura del derecho*, 3ª ed.. México: UNAM, 1979, pp. 203-204.

16 F. VIOLA recorda de que maneira um “modo de controlar o poder era tradicionalmente o de vinculá-lo ao respeito por certos conteúdos normativos. Mas Kelsen não crê que isto seja o específico do direito, porque isso implicaria a possibilidade de conhecer objetivamente o bom e o justo” (VIOLA, F. e ZACCARIA, G.. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1999, p. 22).

17 R. VIGO, experimentado juiz, além de habitual estudioso de problemas filosófico-jurídicos, não deixa de apontar: “parece-nos bastante evidente que o juspositivismo se move mais comodamente no mundo acadêmico do que entre os operadores jurídicos e a concreta realidade jurídica” (*El iusnaturalismo actual. De M.Villey a J.Finnis*. México: Fontamara, 2003, p. 200).

18 Do assunto, com particular referência a Kelsen, ocupei-me em “Juzgar o decidir: el sentido de la función judicial”. In: “Poder Judicial”, Madrid, 1993 (32), pp. 123-139, traduzido mais tarde tanto em *Droit “positif” et droits de l’homme*. Bordeaux: Éditions Bière, 1997, pp. 179-200 como em *Diritto “positivo” e diritti umani*. Torino : Giappichelli, 1998, pp. 178-200.

19 W. HASSEMER, que – “sendo como sou discípulo de Arthur Kaufmann” – estima que deve “considerá-lo meu ‘avô’ acadêmico”, sublinha que falar de “antijuridicidade legal”

ou de “direito supra-legal” era “para um positivista um completo pecado mortal”. Radbruch, “como o positivista jurídico que, no fundo de seu coração, sempre foi”, subscreve “o valor da segurança jurídica para os casos de normal funcionamento estatal e jurisdicional; mas questiona o seguimento da lei quando, por não apontar à justiça, é ‘anti-jurídica, sem mais’” (“Control de constitucionalidad y proceso político”. In: “Persona y Derecho” 2001 (45), pp. 120-121). Similares afirmações, agora em alemão, dois anos depois em “Konstitutionelle Demokratie”. In: *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 1321. R. ALEXY distinguirá na postura de Radbruch uma “conexão classificatória”, que o leva a negar validade a normas que alcançam o “nível do intolerável” ou negam radicalmente a igualdade exigida pela justiça, e uma conexão “meramente qualificativa”, que só profere o ditame de uma degradação jurídica (“A Defence of Radbruch’s Formula”. In: DYZENHAUS, David (ed.). *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*. Oxford-Portland, 1999, pp. 24 e 16). F. D’AGOSTINO aponta que “quem tiver um mínimo de familiaridade com a doutrina tomista da lei injusta” irá vê-la “tacitamente recolhida” nesse duplo aspecto (*Filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 1996 (2ª), p. 39).

20 Não vejo inconveniente em admitir que o direito natural é “a ética jurídica; isto é, a dimensão jurídica da ética ou a projeção desta no campo do direito positivo”; como lógica consequência, a justiça “não representa um juízo crítico externo que se realiza sobre determinada ordem jurídica já existente como tal, mas um ingrediente imprescindível da mesma” (L.PRIETO SANCHÍS em *Lecciones de Teoría del Derecho*, com J.BETEGON, M.GASCON e J.R.PARAMO. Madrid : McGraw-Hill, 1997, pp. 62 e 64).

21 A possibilidade de negar, inclusive, tal “pretensão” de justiça a uma norma jurídica me parece mais típica de ditames políticos *ex post facto* do que de raciocínios propriamente jurídicos, impregnados sempre da questionabilidade de todo exercício da razão

prática. Não é estranho, pois, que quando J. A. SEANE analisa tal possibilidade – na reapresentação da fórmula de Radbruch por Robert Alexy, ao aplicá-la aos possíveis delitos cometidos pelos ‘vopos’ [patrulhas da *Volkspolizei* – policiais da antiga Alemanha Oriental] no muro [de Berlim] –, acabe proferindo o ditame de que “pode-se afirmar que acaba sendo mais ‘jusnaturalista’ do que Tomás de Aquino” (“La doctrina clásica de la *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación”. In: “Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña” 2002 (6), p. 790).

22 F. VIOLA aponta que, “ao menos em casos extremos, como o genocídio, a tortura ou a escravidão, resulta difícil não pensar que é, precisamente, a imoralidade de tais comportamentos o que os converte em essencialmente antijurídicos” (VIOLA, F. e ZACCARIA, G.. *Le ragioni del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2003, p. 99).

23 Isto torna relativo, conseqüentemente, o intento de manter como expressão da separação entre direito e moral, que seria própria do positivismo, a óbvia afirmação esgrimida por H. L. A. Hart (*Post scriptum al Concepto del Derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 49) de que “disposições perversas podem ser válidas como regras ou princípios jurídicos”. Assunto é que, desprovidas de todo respaldo moral, terão que buscá-lo, de modo exclusivo, numa dimensão coativa, o que comprometerá notavelmente a sua viabilidade prática.

24 A ela me referi em *Metodología jurídica y derechos humanos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 183 e ss.

25 C. I. MASSINI assinala, criticando-os, que “só a partir de uma posição jusnaturalista é legítimo e coerente falar de direitos humanos” (*Los derechos humanos en el pensamiento actual*, 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 216).

26 C. I. MASSINI recorda que “ao dizer ‘natureza’ não se está querendo significar o que as ciências empíricas nos ensinam acerca do homem, nem tampouco o que o uso corrente

do termo costuma significar”. Não se trata “de que seja necessário ‘definir’ ou ‘descrever’ o homem para depois passar – indevidamente – à apreensão do que é ‘bom’”. Trata-se de uma “compreensão da natureza humana que não é ‘teórica’, nem ‘metafísica’, nem ‘naturalista’: é pura e simplesmente ética, realizada pela razão prático-moral sobre um objeto prático, com um fim prático e de modo prático”. Falaz, a seu juízo, seria a atitude “[d]os positivistas ao acusar todas as filosofias jusnaturalistas de um erro que só pode imputar-se a algumas, falácia esta conhecida classicamente como *mutatio elenchi*, e pela qual se refuta o que o adversário não sustentou” (*La falacia de la falacia naturalista*. Mendoza: Idearium, 1995, pp. 45, 47 e 75).

27 J. FINNIS distingue, entre as “inclinações naturais” apontadas por São Tomás, as meras disposições – inclusive inconscientes, para agir, ou as tendências constantes, como apetites sensíveis, aversões ou paixões – das tendências que radicam na vontade como formas naturais da capacidade de responder a razões e a bens humanos inteligíveis; a compreensão destes é o que as converte em ‘naturais’ por antonomásia (*Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*. Oxford: University Press, 1998, pp. 92-93).

28 W. HASSEMER, pompeando, há mais de quarenta anos, a sua habitual pulcritude, fez notar como, em Tomás de Aquino, a tendência ao fim surge da ordem do ser e do dever ser; o que explica que o seu seja um direito natural histórico, ao implicar um juízo sobre um suposto de fato concreto, realizado com apoio na natureza da coisa (“Der Gedanke der ‘Natur der Sache’ bei Thomas von Aquin”. In: “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie” 1963 (XLIX), pp. 35 e 40). F. D’AGOSTINO, após fazer própria a acusação de “falácia descritivista” com a qual alguns analíticos tacham o intento de negar a possibilidade “de submeter a controles logicamente relevantes discursos preceptivos”, admite que a “descrição de essências” implica uma valoração, mas não “arbitrária e subjetivista” (*Filosofia del diritto*, cit. na nota 19, pp. 77 e 83).

29 Para J. FINNIS, “os princípios sobre o que

é moralmente correto ou incorreto” “derivam dos primeiros princípios pré-morais de razoabilidade prática, e não de alguns fatos, sejam metafísicos ou de outro tipo. Ao discernir o que é bom, o que há de ser perseguido (*prosequendum*), a inteligência age de uma maneira diferente, dando lugar a uma lógica diferente da que quando discerne o que acontece de fato, histórica, científica ou metafisicamente; mas não há nenhuma boa razão para sustentar que estas últimas operações da inteligência são mais racionais do que as primeiras” (*Ley natural y Derechos Naturales*, cit. na nota 4, p. 67).

30 J. DELGADO PINTO considera “possível formular o programa jusnaturalista em termos que não incorram na falácia naturalista”, mas isso exige “ter em conta que, neste caso, o conceito de natureza que se maneja não é um conceito empírico, mas metafísico-teleológico, no qual o que é e o que deve ser aparecem imbricados” (“De nuevo sobre el problema del derecho natural”, cit. na nota 2, p. 21). Os duendes da tipografia substituíram, maliciosamente, “teleológico” por “teológico”, mas no exemplar que o autor me obsequiou teve o mimo de corrigir de seu punho e letra a errata.

31 J. M. TRIGEAUD aponta de que maneira, por essa via, “o direito acaba por ser tratado como um meio técnico de controle social, a serviço de objetivos utilitaristas abandonados à decisão do político”, o que desemboca “[n]um nihilismo, para além do prudente ceticismo do método humano” (*Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, t. II. Bordeaux: Bière, 1990, p. 43).

32 Também G. ZAGREBELSKY faz notar esta confluência “verdadeiro, justo, obrigatório. A partir do ser (do verdadeiro) se chega ao dever ser (o obrigatório) através do critério da justiça”, sem que isso implique falácia alguma: “que a justiça deva ser realizada não é, em absoluto, um fato, mas um valor, embora talvez seja o mais óbvio ou o menos controvertível dos valores” (*El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995, p. 119).

33 Estar-se-ia atribuindo “ao termo ‘natureza’

um significado estritamente naturalista-biológico ou, com Hobbes, até zoológico” (COTTA, S. “Un reexamen de las nociones de iusnaturalismo y derecho natural”. In: “Revista Facultad Derecho Universidad Complutense”, 1995, p. 343; trabalho que reorganiza o já antecipado em “Il concetto di natura nel diritto”. In: “*Iustitia*” 1987 (XL-2), pp. 67-79). J. FINNIS aponta que, desde Platão e Aristóteles a Aquino, “respeita-se a distinção entre ‘é’ e ‘deve’, fato e valor, muito mais cuidadosamente do que, por exemplo, David Hume. Posturas contrárias são um mito ou um mal-entendido” (“The Natural Law Tradition”. In: “Association of American Law Schools”, 36 J. Legal Educ. 1986, p. 493).

34 J. DELGADO PINTO não deixa de assinalar que, “se se entende assim, e assim é como o entenderiam grandes figuras do jusnaturalismo ao longo da história, os problemas de um presumido dualismo jurídico se desvanecem em parte” (“De nuevo sobre el problema del derecho natural”, cit. na nota 2, p. 19).

35 V. VILLA, ao propor uma definição de “juspositivismo, contemplado como uma orientação que se contrapõe conceitualmente, por via mutuamente excludente, ao jusnaturalismo”, não duvida em reconhecer honestamente que se trata de definições *in negativo* (“*Inclusive Legal Positivism* e neojusnaturalismo: lineamenti di una analisi comparativa”. In: “Persona y Derecho” 2000 (43), p. 36).

36 OLIVECRONA, K.. *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*. Barcelona: Labor, 1980, p. 78.

37 A questão não apresenta maior problema a partir de uma filosofia hermenêutica: “o positivismo jurídico não se caracteriza por afirmar que todo direito é produto do agir humano – questão aceitável a partir de tantos pontos de vista –, mas, fundamentalmente, pelo fato de sustentar o ‘estar em si mesmo’ do direito positivo; ou seja, a identificação entre o sentido do direito e os textos jurídicos ou, o que é o mesmo, a auto-legitimação do texto” (VIOLA, F. e ZACCARIA, G.. *Diritto e interpretazione*, cit. na nota 16, p. 449).

38 “Quando determinados assuntos são eliminados da agenda política, deixam de ser considerados como objetos propriamente ditos de decisão política, sujeita à regra da maioria ou a outra regra eleitoral pluralista. Por exemplo, no que diz respeito à igual liberdade de consciência e ao rechaço da escravidão e da servidão, isso significa que as liberdades básicas iguais que abarcam constitucionalmente esses assuntos se consideram razoavelmente fixadas, corretamente assentadas de uma vez por todas” (RAWLS, J.. *El liberalismo político*. Barcelona: Crítica, 1996, p. 183).

39 Sobre o jogo prático desta distinção, DWORKIN, R.. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984, pp. 220 e ss.

40 R. P. GEORGE critica, com razão, esta cisão da justiça e do bem comum em Dworkin: entre “direitos individuais” e “interesses coletivos”, no marco de seu “utilitarismo neutro” (*Para hacer mejores a los hombres: libertades civiles y moralidad pública*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2002, pp. 86, 88 e 92).

41 J. M. TRIGEAUD se mostra particularmente crítico perante manifestações de “aliança objetiva” que fazem confluir numa “perspectiva comum ao positivismo e ao seu desdobramento jusnaturalista”, o que o leva a convidar a uma “crítica do ‘positivismo’ jusnaturalista”, como o de “neotomismos modernos” paralelos ao “positivismo legalista” (*Introduction à la philosophie du droit*, 2ª ed.. Bordeaux: Bière, 1993, pp. 36, 38, 76 e 77). Voltará a aludir ao “positivismo jusnaturalista” em “Droits de l’homme au XXe siècle. Entre nature et personne”. In: “Persona y Derecho”, 2000 (43), p. 154; incluído depois em *Droits premiers*. Bordeaux: Bière, 2001, p. 176.

42 A. KAUFMANN ressalta-o já na segunda de suas publicações, derivando disso a existência de uma “polaridade” entre positividade e direito natural no seio da “estrutura ontológica” do direito (*Naturrecht und Geschichtlichkeit*. Tübingen: Mohr, 1957, pp. 12 e 25; mais tarde em espanhol: “Derecho natural e historicidad”. In: *Derecho, moral e historicidad*, cit. na nota 42, pp. 24 e 36). Fá-lo citando A.

UTZ, que, depois, não insistirá demasiado nisso; apenas uma referência tangencial em sua *Ethik des Gemeinwohls. Gesammelte Aufsätze 1983-1997*. Paderborn: Schöningh, 1998, p. 23. Ressaltou-se de que modo, também, a partir de outra ótica, distinguirá lei e direito natural Maritain, para quem o conceito de direito se realiza plenamente no direito positivo, em menor medida no direito de gentes e só de modo virtual no direito natural; pelo contrário, a lei eterna realizaria plenamente o outro conceito, seguida da lei natural, a das nações e, de modo mais débil, da lei positiva (VIOLA, F.. “La conoscenza della legge naturale nel pensiero di Jacques Maritain”, cit. na nota 9, p. 567).

43 A. KAUFMANN detectará nesta distinção a passagem efetiva de um Estado legal a um Estado de direito, e derivará disso uma dupla consequência: a positividade do direito vem exigida pela própria *Natur der Sache*, mas uma lei injusta não seria direito, por resultar contraditório que um Estado de direito obrigasse o juiz a aplicá-la. (“Gesetz und Recht” In: *Existenz und Ordnung. Festschrift für Erik Wolf*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1962, pp. 363 e 364; incluído depois em *Rechtsphilosophie im Wandel*. Frankfurt: Athenäum, 1972, pp. 135 e ss).

44 De modo expreso, reflete-se na “submissão plena à lei e ao direito” que o artigo 103.1 da Constituição espanhola dita para a Administração Pública. Não é difícil adivinhá-la também latente na alusão do artigo 9.1 a que “os cidadãos e os poderes públicos estão sujeitos à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico”, assim como na sempre problemática distinção entre níveis de legalidade e de constitucionalidade à hora de amparar direitos fundamentais presumidamente vulnerados. Disto último nos ocupamos com detalhe em *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda edição ampliada e atualizada, no prelo.

45 Para M. VILLEY, para Kelsen, “encerrado em seu solilóquio, positivista, para o qual o direito surge *a priori* de uma lei, não lhe cabe na cabeça que caiba distinguir entre esses dois

termos. Cai no contra-senso de confundir direito natural e lei natural” (*Questions de saint Thomas sur le droit et la politique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1987, p. 148).

46 A. KAUFMANN criticava, em 1957, que “não se deveria ter acolhido as ‘normas morais’ absolutas naqueles casos em que o direito positivo havia resultado insuficiente, mas a ‘natureza da coisa’”, já que “ter-se-ia de haver analisado as condições de vida com muito maior detenção” (“Derecho y moral”. In: *Derecho, moral e historicidad*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 81).

47 Daí derivará, entre outras, a dificuldade para enlaçar direito natural com direitos humanos: “O direito natural, como todo o moral e, em concreto, como os Dez Mandamentos, iluminados pelo Evangelho, consiste em deveres e não em direitos subjetivos”; junto a isso, afirmações de complexo enquadramento: “direito natural é aquele que aprova o Juiz Divino”; “neste sentido, toda a Moral se converte em Direito perante o Juiz Divino e, por isso mesmo, o Direito Natural se nos mostra como Moral, e, perante o juiz humano, como Moral atualmente exigível” (D’ORS, A. *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como limite del derecho positivo*, 3ª. Madrid: Civitas, 2001, pp. 21 e 29).

48 Quando está presente a mentalidade jurídica, muda o panorama. Assim, para A. D’ORS, mesmo partindo de um “fundar-se o direito natural na teologia”, e dando como fato que “limita a disposição humana do direito positivo”, após vincular positividade e “potestade”, aludirá à “imperatividade” da lei, indicando como “questão distinta” a sua “obrigatoriedade moral”; conseqüentemente, quando o direito positivo se afasta do natural “faz-se ‘ilegítimo’”. O alcance de tal situação, apontando mais para a sua vigência do que para a sua validade, se expressa nos seguintes termos: “o direito, para ter uma efetividade não forçada pela simples coação dos imperativos legais, deve coincidir com os imperativos de uma ética que resulta aceita pela sociedade que trata de ordenar e, singularmente, pela consciência moral do

indivíduo” (*Nueva introducción al estudio del derecho*. Madrid: Civitas, 1999, pp. 57, 30, 60, 69, de novo 30 e 71).

49 “Eis aqui a segunda das leis naturais derivadas: é preciso ater-se aos pactos” (HOBBS, T. *De cive*, III, 1, cit. na nota 15, p. 85). “A definição de injustiça não é outra senão esta: o não cumprimento de um pacto” (HOBBS, T. *Leviathan*, I, 15 [tradução de M. Sánchez Sarto]. Puerto Rico: Ed. Universitaria, 1968, p. 125).

50 Entre as suas alusões a tal “aritmética moral”, *Deontologia o ciencia de la moral*, I, 8. Valencia: Ferrer de Orga, 1836, p. 103.

51 Precisamente, porque implicaria uma “falta de rigor metódico” reduzir esta mudança a “um problema terminológico, quase como uma moda ou uma preferência subjetiva de alguns autores”, quando, na realidade, “expressa o nascimento de novos problemas e de uma nova metodologia na reflexão filosófica sobre o direito” (GONZÁLEZ VICÉN, F. “La filosofía del derecho como concepto histórico”. In: *Estudios de filosofía del derecho*, cit. na nota 11, p. 207).

52 Assim o constata W. HASSEMER: “a partir da perspectiva dos positivistas legalistas, a decisão jurídica pode obter-se, confiantemente, partindo de uma semântica que está supra-ordenada a ela e cujos conteúdos subministram as referências oportunas para quem decide” (*Konstitutionelle Demokratie*, cit. na nota 19, p. 1315 – tradução pessoal).

53 Nada tem de estranho que G. PECES-BARBA sugira com desenvoltura que, em nossa Constituição “[o] artigo 1º. 1 é a norma básica de identificação material do ordenamento (com matizes, o que Hart chama ‘regra de reconhecimento’, dando-lhe um sentido)”; caso não tenha ficado claro: “estamos perante uma norma material sobre normas, a norma material básica sobre normas”. Tudo isso graças a lançar “como pressuposto uma firme crença [sic] na impossibilidade de um direito natural” sinceramente confessada (*Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1984, pp. 97, 100 e 109). É óbvio que a proposta resulta duplamente herética a partir da ortodoxia

kelseniana: por ser norma posta capaz – pelo que se viu – de legitimar-se a si mesma e por configurar um sistema estático, mais moral que jurídico. Haverá que render culto a Kelsen para não deixar de ser positivista, ainda que seja preciso negá-lo, para não dar olímpicamente as costas para a realidade jurídica. Mais prudente, J. DELGADO PINTO havia chegado a apontar que no sistema jurídico kelseniano haveria elementos “estáticos”, convencido de que o conteúdo da norma predeterminaria o das inferiores, mas apontando, pouco depois, que isso não tem mais alcance do que o de que possa derivar da entrada em jogo de procedimentos capazes de anulá-la (“El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico”. In: *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Cortis Grau*, t. I. Valencia: Universidad, 1977, pp. 188 e 191).

54 Do papel da obediência desinteressada no conceito de validade jurídica de A. Ross, ocupei-me em “Un realismo a medias. El empirismo escandinavo”. In: *Metodología jurídica y derechos humanos*, cit. na nota 24, p. 53 e ss.

55 KELSEN, H.. *Teoría pura del derecho*, cit. na nota 15, pp. 24-25.

56 J. DELGADO PINTO, que opta por caracterizar como “irracionalismo” a apresentação não cognitivista do ético, indica de que modo Hart, mesmo não o compartilhando, “carece de uma teoria da justiça devidamente articulada”, já que “nunca quis pronunciar-se explicitamente acerca de se os juízos morais podem ser de alguma maneira objetivamente válidos. Tampouco resolveu de forma convincente o problema do fundamento da obrigatoriedade do Direito apresentado pela sua concepção normativista” (na aludida Lição Magistral cit. na nota 1). A tal “irracionalismo ético e jurídico” já havia aludido em *El voluntarismo de Hans Kelsen*, cit. na nota 53, p. 184.

57 Caberia, pois, atribuir-lhe o que graficamente se qualificou como “autismo jurídico”, posto que considera que a identificação do jurídico, a validade das normas, depende de

regras do próprio ordenamento e da prática dos operadores jurídicos ao aplicá-las”; ainda que o autor de tão oportuna metáfora não o mencione, preferindo considerar que “Kelsen seria o expoente mais depurado desse ponto de vista” (PECES-BARBA, G.. “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, como epílogo a ZAGREBELSKY, G.. *El derecho dúctil*, cit. na nota 32, p. 165). Também L. PRIETO SANCHÍS faz notar que, se nos achamos perante “um reconhecimento *ex post facto*”, “não cumpre a missão para a que foi pensada, que, precisamente, era informar ou obrigar o juiz a decidir de acordo com uma regra existente no sistema” (*Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 134). A partir de perspectiva diversa, J. M. TRIGEAUD faz notar como “a ‘imagem do círculo’ corresponde melhor aos objetivos perseguidos pelo último positivismo, na medida em que faz coincidir o direito com um ‘sistema’, fechado por definição” (*Introduction à la philosophie du droit*, cit. na nota 41, p. 29).

58 J. DELGADO PINTO descreve, pulcramente, dita regra como uma “prática coletiva que desenvolvem os juízes e demais autoridades ao identificar como normas válidas aquelas que se ajustam aos critérios de validade; uma prática que inclui a aceitação desse modo de operar como constitutivo de uma regra obrigatória”. Dando como fato que “essa norma jurídica não existe, por definição, como norma positiva”, questiona que seja “possível passar logicamente dessa prática social efetiva, que, em definitiva, é um fato, a uma norma obrigatória”, salvo que medie “uma premissa moral” (*La obligatoriedad del derecho y la insuficiencia tanto del positivismo jurídico como del iusnaturalismo*, cit. na nota 2, pp. 111, 113 e 114). H. L. A. HART acabará admitindo, alinhado com o que qualificava como “positivismo suave”, que a “a regra de reconhecimento pode incorporar como critérios de validade jurídica a conformidade com princípios morais ou valores substantivos”, mas haverá de reconhecer que, como consequência, dita regra já não pode “assegurar o grau de certeza na identificação do direito”; objetivo ao qual um positivista que se preze haveria de aspirar (“*Post Schriptum* al Concepto del Derecho”, cit. na nota 23, pp. 26 e 46).

“ No original: “si con barbas san antón, si no la purísima concepción...” (nota do tradutor).

59 Para L. PRIETO SANCHÍS, “os juízos de validez de um jurista atento às exigências do Estado constitucional”, “em terminologia kelseniana, são juízos a partir de um sistema estático e não só dinâmico”; apesar disso, continua considerando que “a validez é um conceito dinâmico que repousa na noção de autoridade, muito mais do que um conceito estático baseado na noção de verdade” (*Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara, 1997, pp. 64 e 87; também 95). G. ZACCARIA ressalta que, “mesmo na sofisticada construção kelseniana”, “[n]a passagem de um plano normativo do ordenamento a outro, a estrutura lingüística da norma continua sendo concebida como já dada, como existente em si, como um objeto que a interpretação deve limitar-se a revelar”, partindo do “pré-convencimento de que a disposição normativa estaria já substancialmente contida e dada no texto da norma”. Opõe a isso a necessidade de “uma ampla revisão da precedente relação de coincidência-identidade entre a norma jurídica e sua formulação lingüística” (*L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*. Padova: Cedam, 1990, pp. 220 e 222).

60 R. VIGO inclui dois trabalhos próprios, ao mesmo tempo em que recopila os estudos e resoluções mais significativos da atualidade de dita “fórmula”: *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2004, pp. 1-71.

61 ZAGREBELSKY, G.. *El derecho dúctil*, cit. na nota 32, pp. 65 e 68. De sua difícil conciliação com as apresentações positivistas dá idéia o ímprobo esforço por devolvê-lo ao redil, que G. PECES-BARBA desdobra no epílogo à versão espanhola – “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”. Mostra-se particularmente preocupado pelo fato de aludir à dignidade e à pessoa humana como “noções que não pertencem à tradição do jusnaturalismo racionalista, mas à do jusnaturalismo cristão-católico” (*ibidem*, pp. 67 e 159).

62 “A especificidade do moderno Estado constitucional de direito” radicará em que “as condições de validez estabelecidas pelas suas leis fundamentais incorporam não só requisitos de regularidade formal, mas também condições de justiça substancial” (FERRAJOLI, L.. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995, pp. 355, 356 e 358).

63 PRIETO SANCHÍS, L.. *Constitucionalismo y positivismo*, cit. na nota 59, pp. 8, 9 e 16. Pelo contrário, “o jusnaturalismo não só não bate em retirada como iniciou uma ofensiva” (*Lecciones de Teoría del Derecho*, cit. na nota 20, p. 65).

64 FERRAJOLI, L.. *Derecho y razón*, cit. na nota 62, pp. 873, 874 e 927.

65 “Teríamos que admitir que nos ordenamentos contemporâneos ressurgiram aspectos do direito pré-moderno” e que “a restauração de um método lógico-formal de tratamento do direito” suporia “um retrocesso, pois hoje seria impossível um ‘formalismo’ ou um ‘positivismo de princípios’. O seu caráter aberto e o seu pluralismo são um obstáculo para isso”. Não obstante, insistir-se-á em que “a Constituição não é um direito natural, mas, na verdade, a manifestação mais alta de direito positivo” (ZAGREBELSKY, G.. *El derecho dúctil*, cit. na nota 32, pp. 115, 116 e 119, assim como 123, 124 e, de novo, 116).

66 Não obstante, identificar os valores morais aos quais se vincula “com o direito natural, não deixa de ser uma licença literária” (PRIETO SANCHÍS, L.. *Constitucionalismo y positivismo*, cit. na nota 59, pp. 17, 37 e 51).

67 O que supõe “o abandono consumado do positivismo legalista” e a passagem “da idéia de ‘a lei como prévia ao direito’ à de ‘o direito como prévio à lei’” (BACHOF, O.. *Jueces y Constitución*. (1959) Madrid, Civitas, 1987, págs. 40-42, 45 e 46).

68 Assim o detectamos ao analisar “La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal”. In: “La Ley” 11.XII.1998 (XIX-4691), pp. 1-4. Mais tarde, leríamos em J. FINNIS, a

propósito do *jus* e dos direitos: “na realidade, se se pudesse usar o advérbio ‘justamente’ (*aright*) como substantivo, poder-se-ia dizer que a sua explicação primária é acerca ‘[d]os justamentos’ (*arights*) (mais do que sobre os direitos [*rights*])” (*Ley natural y Derechos Naturales*, cit. na nota 4, p. 235).

69 J. M. TRIGEAUD enfatiza a sua insistência em que “o direito natural ou positivo repousava sobre certos princípios, dos quais emanam as suas soluções, e que podiam ser denominados ‘fundamento’; e que, por outro lado, deve esses princípios a referências inspiradoras mais profundas, que reenviavam, a rigor, à ordem das ‘justificações’”. Daí a sua apelação a “uma espécie de ‘direito primário’ dos direitos do homem”, baseado num “realismo da pessoa, que transcende a natureza da qual participa e que encarna” (*Droits premiers*, cit. na nota 41, pp. 55 e 198).

70 Interessante, a respeito, o conjunto de trabalhos de diversos autores, editados por R.RABBI-BALDI, sob o rótulo *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000.

71 “O direito positivo, submetido ao duplo critério da humanidade e da obrigatoriedade, pode ser denominado, sem vacilar, ‘direito natural vigente’” (COTTA, S.. “Diritto naturale: ideale o vigente?”. In: “Iustitia” 1989 (XLII-2), p. 133). Para insistir, anos depois: um direito “justificado (na teoria e/ou em concreto) na sua obrigatoriedade, pela sua correspondência com a natureza ou estrutura do ente ao qual se refere”, permite falar de “direito natural vigente” (“Un reexamen de las nociones de iusnaturalismo y derecho natural”, cit. na nota 33, p. 341). Para Maritain, pelo contrário, “todo direito é positivo, enquanto concretização e atualização do caráter virtual do direito natural”, de modo que “o direito natural não existe (não é vigente) fora do direito positivo, mas a lei positiva não existe em sentido pleno como lei senão dentro da lei natural”, aponta F. VIOLA, para o qual ambas as posturas “são plenamente compatíveis” (“La conoscenza della legge naturale nel pensiero di Jacques

Maritain”, cit. nota 9, p. 569).

72 F. D’AGOSTINO radica-a no homem como “ser intermédio entre os animais e os deuses”, o que o situa entre a possível “degradação ao infra-humano” e a “sublimação ao sobre-humano”, alimentando uma práxis que não será de mera “sobrevivência” animal, nem “livre na sua absoluta gratuidade” divina, mas emoldurada na “necessária dialética eu-outro”; esta pode se traduzir numa relação de “ferocidade” ou de “fraternidade”, alheias, ambas, ao direito, que, apontando para a coexistência, mostra-se como devido por ser pacificador” (*Filosofia del diritto*, cit. na nota 19, pp. 9 e 10).

73 “Um não-cognitívismo ético absoluto é irreal, já que implicaria uma cisão interna radical do sujeito humano: por um lado, decidiria sem conhecer e, menos ainda, conhecer-se; por outro, conheceria e conhecer-se-ia sem que isso influísse nas suas próprias decisões” (COTTA, S.. “Diritto naturale: ideale o vigente?”. cit. na nota 71, pp. 121-122).

74 COTTA, S.. “Un reexamen de las nociones de iusnaturalismo y derecho natural”, cit. na nota 33, p. 338. Esta coexistência expressa uma “paridade ontológica”, que “não leva consigo um ser-com no sentido de um estar-aqui-ao-lado simples e fático”, mas “uma relação de reconhecimento e comunicação”, um “estar numa relação de acolhida mútua” (“La coexistencialidad ontológica como fundamento del derecho”. In: “Persona y Derecho” 1982 (9), p. 17).

75 O próprio J. DELGADO PINTO fá-lo notar. Não o satisfaz a distinção de Utz entre lei natural e direito natural, nem a possível identificação deste com o “justo concreto”, talvez por atribuir-lhe uma dimensão *pré-existente* – “o justo objetivo com anterioridade a toda legislação positiva” – e pela opção normativista que atribui a São Tomás: o direito, “primária e originalmente, constitui uma norma, uma lei, ainda que, em sua realização, concretize-se em facultades”; com o qual, entre norma e direitos, mal sobra lugar para a coisa justa, como terceira acepção tomista do jurídico.

Já aponta, no entanto, para uma superação desse dualismo que apresentava o direito natural como alternativo ao positivo ao aludir, repetidamente, ao papel de um “direito histórico-concreto”, “racional e objetivamente fundado”. Mas, no intento de Kaufmann de ligar o direito natural com o “papel da temporalidade na estrutura ontológica do direito”, só verá um “ceder, de maneira vã, à tentação de lançar mão do velho termo em toda a tentativa de superação do positivismo” (*Derecho. Historia. Derecho Natural*, cit. na nota 2, pp. 118 (com nota 51), 132, 136 e 137).

76 Em tudo isso haveria que se reconhecer o papel “do sentimento, da intuição imediata, da vivência coletiva”, já que “o direito se mostra pré-formado e, às vezes, plenamente constituído na imediata vivência coletiva dos problemas e tensões sociais” (DELGADO PINTO, J.. *Derecho. Historia. Derecho Natural*, cit. na nota 2, pp. 149, 151, 154, 156, 159, 160, 161 e 163). O próprio Zubiri – e o seu homem como “essência aberta” – reaparecerá quando apelar à antropologia como via para “fazer justiça às intenções razoáveis do enfoque ontológico (ou metafísico) que deve adotar o filósofo do direito, sem que isso suponha, necessariamente, ‘cair na metafísica’” (“Reflexiones acerca del significado de la pregunta por la fundamentación ontológica del derecho”, cit. na nota 2, pp. 23 e 29).

77 DELGADO PINTO, J.. *Derecho. Historia. Derecho Natural*, cit. na nota 2, p. 168.

78 Ao mesmo tempo em que o seu “segundo elemento categorizante” será “a pesquisa de um fundamento originário e condicionante do ser do direito, entendido como estrutura da vida prática” (COTTA, S.. “Un reexamen de las nociones de iusnaturalismo y derecho natural”, cit. na nota 33, pp. 332 e 333).

79 Não deixa de ser significativa a sua presença em apresentações como as de V. VILLA, que apontam para “uma concepção da positividade do direito muito mais fecunda e interessante do que a própria do juspositivismo mais tradicional”, convencido de que “a ‘positividade’ do direito não é uma propriedade que se adquira ‘de uma vez

por todas””, mas que é o resultado “de uma prática complexa”, porque “a positividade não é um dado, mas um processo”. Se, por um lado, o que caracterizaria um positivismo jurídico “excludente” seria o seu rechaço a identificar “qualquer referência à moralidade política” com a existência de um “direito pré-existente”, o “inclusivo”, por outro, ver-se-á colocado – à hora de analisar a dimensão construtiva da jurisprudência constitucional – entre a “fantasmagórica descrição de significados pré-existentes” e uma discricionariedade que implica a “criação de novo direito do nada”. Mas, terá que reconhecer, naqueles que chama neo-jusnaturalistas, a problematidade apontada, admitindo que, para Finnis, “a posse de princípios éticos não é condição suficiente para garantir resultados concretos unívocos e ‘corretos’ em todo caso específico” (“*Inclusive Legal Positivism*” e *neojusnaturalismo*, cit. na nota 35, pp. 60, 75, 56, 66 e 90).

80 Cfr. o detido estudo de POOLE, D.. “Grisez y los primeros principios de la ley natural”. In: “Persona y Derecho” 2005 (52), número em que se traduz o seu trabalho emblemático “El primer principio de la razón práctica”. A nosso juízo, a debilidade das apresentações de H. L. A. HART deriva de menosprezar este aspecto, no seu afã por “evitar compromissos com teorias filosóficas controvertíveis sobre o *status* geral dos juízos morais” e seu possível “nível objetivo” (“*Post Scriptum* al Concepto del Derecho”, cit. na nota 23, p. 30).

81 J. RAZ opta por atribuí-lo ao predomínio do que caracteriza como “a perspectiva do advogado”, segundo a qual “o direito se ocupa daquelas considerações nas quais resulta apropriado que se baseiem os tribunais para a justificação das suas sentenças” (*La ética en el ámbito público*, cit. na nota 4, p. 215). Também, por sua vez, J. DELGADO PINTO aduzirá que “uma teoria do direito é bastante mais do que uma teoria da jurisdição”, ao abordar “La noción de integridad en la teoría del derecho de R.Dworkin” (cit. na nota 8, p. 39).

82 G. ZACCARIA analisou detidamente “a multiforme relação” entre as apresentações

de Dworkin e as da hermenêutica europeia, tradição esta à qual se mostra alheio; até o ponto de poder preferir-se o ditame de uma “estranheza e incompreensão” em relação ao seu núcleo mais autêntico. Enquanto “Gadamer assume a hermenêutica jurídica como modelo de hermenêutica geral, Dworkin erige, pelo contrário, a interpretação literária em modelo da jurídica”; mais do que subscrever uma “identificação de tipo gadameriano entre tradição e história”, insere-se na tendência da cultura jurídica anglo-saxã “à sacralidade da tradição e do precedente”, com o juiz como o seu protagonista por excelência. Tudo isso não impede detectar um paralelismo entre a sua *Chain Novel* e a *Wirkungsgeschichte* gadameriana (*Questioni di interpretazioni*. Padova: Cedam, 1996, pp. 199, 202, 207, 204, 218 e 220). Insiste nisso ao compará-lo com Esser em *Razón jurídica e interpretación*. Madrid: Civitas, 2004, p. 388.

83 F. D’AGOSTINO recorda como “em nenhuma língua” se dá “uma coincidência lexical entre o termo que indica o direito e o que indica os instrumentos aos quais o direito recorre para estruturar-se, ou seja, as normas” (*Diritto e giustizia*, cit. na nota 12, p. 9). Por sua vez, J. BALLESTEROS recupera a alusão de Gómez Arboleya a uma “concepção não normativista do direito natural” para considerá-la “dominante não só dentro do panorama da filosofia jusnaturalista contemporânea, mas também dentro do pensamento clássico” (*Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*. Madrid: Tecnos, 2001, p. 107).

84 H. L. A. HART. *Post Schriptum al Concepto del Derecho*, cit. na nota 23, pp. 11, 38 e 42.

85 ZAGREBELSKY, G.. *El derecho dúctil*, cit. na nota 32, p. 138.

86 G. ZACCARIA rechaça as versões de *pensiero debole* que pretendem reduzir tudo a “interpretações de interpretações”, já que “a interpretação ou é interpretação de algo ou não existe. A interpretação que dissolve em seu seio o que deve interpretar e, conseqüentemente, o substitui, deixa, por este único fato, de ser interpretação” (*L’arte*

dell’interpretazione, cit. na nota 59, p. 69).

87 VIOLA, F. e ZACCARIA, G.. *Diritto e interpretazione*, cit. na nota 16, pp. 448-449.

88 PRIETO SANCHÍS, L. *Constitucionalismo y positivismo*, cit. na nota 59, p. 27, corrigindo Peces-Barba.

89 L. PRIETO SANCHÍS, que sintoniza, na sua afirmação final, com Rubio Llorente (“Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”. In: “Doxa” 2000 (23), pp. 173, 191, 178 e 179). Também F. VIOLA ressalta como este constitucional “juízo de razoabilidade em sentido estrito já não tem um caráter *intra-sistemático*, interno à normativa já estabelecida, mas *extra-sistemático*, na medida em que valora a norma sobre a base de parâmetros de certo modo *externos*”. Por essa via, entram em jogo “os princípios da lei natural”, como mostra do “direito natural presente no interior do direito positivo contemporâneo” (VIOLA, F. e ZACCARIA, G.. *Le ragioni del diritto*, cit. na nota 22, pp. 115 e 116).

90 PRIETO SANCHÍS, L. *Constitucionalismo y positivismo*, cit. na nota 59, pp. 73 e 74. Já o tinha afirmado em *Lecciones de Teoría del Derecho*, cit. na nota 20, p. 66.

91 Já o apresentamos, a partir de um ponto de vista teórico, em “Los derechos humanos entre el tópic o y la utopía”. In: “Persona y Derecho” 1990 (22) pp. 159-179, incluído mais tarde em SALDAÑA, J. (coordenador). *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*. México, UNAM, 1997, pp. 179-195. De um ponto de vista prático, detectamo-lo em *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 84-85.

92 G. ZACCARIA assume que “na realidade jurídica contemporânea, o direito positivo se constrói através do agir contextual de diversos fatores, da legislação à práxis judicial ou às práticas sociais, nas quais concorrem tanto os operadores jurídicos como os cidadãos privados”, ressaltando que, também do ponto de vista “político-sociológico, se pode, certamente, captar o anacronismo da tese

que reduz e esgota a positividade em atos de posição de quem ostenta a autoridade formal”; propõe “um novo modelo de positividade, uma dialética complexa, um plexo triádico de compreensão, positividade e reconhecimento” (*L'arte dell'interpretazione*, cit. na nota 59, pp. 232, 233 e 236).

93 Para G. ZACCARIA, “o problema da inserção das dimensões da moral e da política no direito” é “o verdadeiro aspecto distintivo e novo da postura de Dworkin em relação à melhor metodologia jurídica contemporânea” (*Questioni di interpretazioni*, cit. na nota 82, p. 241).

94 HART, H. L. A.. *Post Scriptorum al Concepto del Derecho*, cit. na nota 23, pp. 31 e 30.

95 Parece-me um sintoma do perigo de confusão a ênfase de R. P. GEORGE ao defender, em defesa da “ecologia moral”, a proibição jurídica do “vício sexual não-comercial” (fornicação ou adultério), por entender, discrepando, esta vez, de Finnis, que não existe “um princípio estrito de justiça” que a exclua (*Para hacer mejores a los hombres*, cit. na nota 40, p. 208).

96 F. D'AGOSTINO ressalta como “a função que as normas cumprem dentro da experiência jurídica é a de garantir uma espécie de ‘cristalização’ das diversas possíveis modalidades de relação interpessoal, para fazê-las, dessa maneira, mais facilmente legíveis por parte de cada qual e para ‘canalizá-las’, por assim dizer” (*Diritto e giustizia*, cit. na nota 12, p. 10).

97 Com relação a isso, J. M. DELGADO PINTO considera que “as distinções que estabelece [Dworkin] entre os valores da integridade, da justiça e da equidade”, embora “possam parecer-nos em algum momento artificiosas e discutíveis”, já que “se trata, em suma, de distintas facetas do valor da justiça”, “resultam, ao final, iluminadoras” (*La noción de integridad en la teoría del derecho de R.Dworkin*, cit. na nota 8, pp. 29 e 36).

98 VILLA, V.. “*Inclusive Legal Positivism*” e *neo-giusnaturalismo*, cit. na nota 35, pp. 36, 43, 48 e 61.

99 P. SERNA ressalta “a escassa utilidade de uma ciência jurídica meramente descritiva, que nem sequer está em condições de proporcionar uma imagem completa do sistema que pretende descrever”. Considera, por outro lado, que uma “justificação moral não tem sentido em termos relativos”, por exigir “a referência a uns princípios últimos, não justificáveis por outros, não relativos”. Remeter-se à moralidade positiva de uma determinada cultura implicaria, em não poucas sociedades atuais, um proceder “totalitário aos olhos de quem não participa dos valores da cultura majoritária” (“Sobre el *Inclusive legal positivism*”, cit. na nota 8, pp. 131, 144, 145 e 146).

100 O afã de rechaçar tal coisificação sem renunciar a uma dimensão ontológica, leva autores como Kaufmann ao extremo de propor fazê-la girar em torno de um conceito de pessoa que seria meramente “relacional” e não “substancial”; intento criticado, com acerto, por SERNA, P.. “Hermenêutica e relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann”. In: *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*. Granada: Comares, 2003, pp. 237-241.

101 VILLA, V.. “*Inclusive Legal Positivism*” e *neo-giusnaturalismo*, cit. na nota 35, p. 66.

102 VILLA, V.. “*Inclusive Legal Positivism*” e *neo-giusnaturalismo*, cit. na nota 35, p. 74.

103 Se o próprio Hart, ao conectar, em suas linhas finais, objetivismo e realismo, acaba sendo vítima da “síndrome do objetivista desiludido”, será por ter aceitado “uma concepção demasiado forte de objetividade” (VILLA, V.. “*Inclusive Legal Positivism*” e *neo-giusnaturalismo*, cit. na nota 35, pp. 79 e 85-86).

104 VILLA, V.. “*Inclusive Legal Positivism*” e *neo-giusnaturalismo*, cit. na nota 35, pp. 87.

105 Por isso, “pôr em evidência que temos, hoje, disponíveis concepções diversas da objetividade, mais débeis e, conseqüentemente, alternativas com relação às que se fundam no realismo moral, é uma condição necessária, embora não suficiente, para um adequado tratamento da questão” (VILLA, V.. “*Inclusive*

Legal Positivism” e neo-giusnaturalismo, cit. na nota 35, pp. 80 e 86-87).

106 VILLA, V. *“Inclusive Legal Positivism” e neo-giusnaturalismo*, cit. na nota 35, p. 88. Particularmente crítico frente a este tipo de apresentações, C. I. MASSINI, ao rechaçar o que qualifica de “falácia procedimental”: “o conteúdo e o valor normativo dos princípios de justiça não podem surgir só do procedimento racional seguido para chegar a eles; pelo contrário, como em todo raciocínio correto, a aceitabilidade – neste caso normativa – das conclusões deve seguir-se da aceitabilidade das premissas, que deve ser demonstrada adequadamente – e não só suposta – a fim de alcançar um resultado aceito de antemão” (*Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*. México: UNAM, 2004, pp. 99 e 120).

107 A metodologia jurídica pós-savignyana teve “o vício de obviar a questão fundamental do porquê o intérprete escolhe um método determinado”, esquecendo que “o método não é capaz de explicar a eleição de método”; pelo contrário, “o mérito da hermenêutica jurídica de Josef Esser é ter posto a descoberto a pré-compreensão como momento inicial do compreender jurídico”, o que eleva “a descrição do procedimento de pesquisa a um plano epistemologicamente maduro”, para delinear, depois, “sobre um plano de metodologia ‘prescritiva’ uma série de medidas que pretendem reforçar os controles de racionalidade” (ZACCARIA, G.. *Razón jurídica e interpretación*, cit. na nota 82, pp. 384, 390-391 e 394). Não abundarei sobre isso, porque, da influência de Gadamer em Esser e Hruschka, já tive oportunidade de ocupar-me em 1973 (*Derecho y sociedad. Dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual*. Madrid: Editora Nacional, pp. 44 e ss; e, com posteridade em *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*. Madrid: Congreso Diputados, 1996, pp. 201 e ss.).

*** Trata-se de um neologismo, já que não existe, na língua portuguesa, um substantivo correspondente ao adjetivo “provisório”. No texto castelhano original, lê-se “provisionalidad” (nota do tradutor).

108 HASSEMER, W.. *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 35, 38, 41, 42, 44 e 47. Marca, assim, distâncias (pp. 26-27 e 47) em relação à teoria do “espaço livre de direito” de seu mestre, que tivemos ocasião de criticar em “El papel de la personalidad del juez en la determinación del derecho. Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann”. In: “Persona y Derecho”, 2002 (47), pp. 310-324. F. VIOLA, ao recordar que “os procedimentos jurídicos devem respeitar certas condições para serem corretos”, não descarta falar de um “direito natural procedimental”, presente na apreciação de aspectos tão decisivos como os das exigências do “justo processo”; “de novo, o direito natural se apresenta como um componente essencial da definição do direito positivo” (VIOLA, F. e ZACCARIA, G.. *Le ragioni del diritto*, cit. na nota 22, p. 116).

109 HASSEMER, W.. *Control de constitucionalidad y proceso político*, cit. na nota 19, pp. 131-132. Similares afirmações, com posterioridade, em *Konstitutionelle Demokratie*, cit. na nota 19, p. 1330.

Referências Bibliográficas

- ALEXY, R. “A Defence of Radbruch’s Formula”. In: DYZENHAUS, David (ed.). *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*. Oxford-Portland, 1999.
- . “La institucionalización de la razón”. In: “Persona y Derecho” 2000 (43).
- BACHOF, O. *Jueces y Constitución*. (1959) Madrid, Civitas, 1987.
- BALLESTEROS, J. *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*. Madrid: Tecnos, 2001.
- BENTHAM, J. *Deonología o ciencia de la moral*, I, 8. Valencia: Ferrer de Orga, 1836.
- CANTERO NUÑEZ, E.. *El concepto del*

- derecho en la doctrina española (1939-1998). La originalidad de Juan Vallet De Goytisolo*. Madrid : Fundación Matritense Notariado, 2000.
- COTTA, S. "Diritto naturale: ideale o vigente?". In: "Iustitia" 1989 (XLII-2).
- _____. "Il concetto di natura nel diritto". In: "Iustitia" 1987 (XL-2), pp. 67-79.
- _____. "La coexistencialidad ontológica como fundamento del derecho". In: "Persona y Derecho" 1982 (9).
- _____. "Un reexamen de las nociones de iusnaturalismo y derecho natural". In: "Revista Facultad Derecho Universidad Complutense", 1995.
- D'AGOSTINO, F. *Diritto e giustizia. Per una introduzione allo studio del diritto*. Torino: San Paolo, 2000.
- _____. *Filosofía del diritto*, 2ª ed.. Torino: Giappichelli, 1996.
- D'ORS, A. *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, 3ª. Madrid: Civitas, 2001.
- _____. *Nueva introducción al estudio del derecho*. Madrid : Civitas, 1999.
- DELGADO PINTO, J.. "Aula Magistral na sua investidura como Doutor *honoris causa* pela Universidade Carlos III, de Madri, em 06/10/2004".
- _____. "De nuevo sobre el problema del derecho natural" (Discurso lido na solene abertura do Curso Académico 1982-83, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982).
- _____. "Derecho. Historia. Derecho Natural". In: "Anales Cátedra Francisco Suárez" (Universidad Granada), 1964 (4/2), pp. 73-174.
- _____. "El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico". In: *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Cortés Grau*, t. I. Valencia: Universidad, 1977.
- _____. "La noción de integridad en la teoría del derecho de R.Dworkin: análisis y valoración". In: "Derechos y Libertades" 2002 (11).
- _____. "La obligatoriedad del derecho y la insuficiencia tanto del positivismo jurídico como del yusnaturalismo". In: "Revista de Ciencias Sociales" (Universidad de Valparaíso) 1996 (41), pp. 101-121.
- _____. "Obligatoriedad del Derecho y deber jurídico en el positivismo contemporáneo: el Pensamiento de Hans Kelsen". In: "Anuario de Filosofía del Derecho" 1978 (XX), pp. 1-43.
- _____. "Reflexiones acerca del significado de la pregunta por la fundamentación ontológica del derecho". In: "Persona y Derecho" (Universidad de Navarra) 1982 (9), pp. 19-29.
- DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Barcelona Ariel, 1984.
- FERRAJOLI, L.. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta 1995.
- FINNIS, J. "The Natural Law Tradition". In "Association of American Law Schools" 36 J. Legal Educ. 1986.
- _____. *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*. Oxford: University Press 1998.
- _____. *Ley natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000 (Traducción de Cristóbal Orrego).
- GEORGE, R. P. *Para hacer mejores a los hombres: libertades civiles y moralidad pública*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2002.
- GONZÁLEZ VICÉN, F. "La obediencia al derecho" In: *Estudios de filosofía de derecho*. La Laguna: Universidad, 1979
- HART, H. L. A. *Post scriptum al Concepto de Derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- HASSEMER, W.. "Control de constituciona

- alidad y proceso político". In: "Persona y Derecho" 2001 (45).
- _____. "Der Gedanke der 'Natur der Sache' bei Thomas von Aquin". In: "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie" 1963 (XLIX).
- _____. "Konstitutionelle Demokratie". In: *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*. Madrid : Dykinson, 2003.
- _____. *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1997.
- HOBBS, T. *De cive*, XIV (tradução de A. Catrysse). Caracas, 1966
- _____. *Leviathan*, I, 15 [tradução de M. Sánchez Sarto]. Puerto Rico: Ed. Universitaria, 1968.
- KAUFMANN, A. "Derecho y moral". In: *Derecho, moral e historicidad*. Madrid : Marcial Pons, 2000.
- _____. "Gesetz und Recht". In: *Existenz und Ordnung, Festschrift für Erik Wolf*. Frankfurt am Main : Klostermann, 1962.
- _____. *Naturrecht und Geschichtlichkeit*. Tübingen: Mohr, 1957.
- _____. *Rechtsphilosophie im Wandel*. Frankfurt: Athenäum, 1972.
- KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*, 3ª ed.. México: UNAM, 1979.
- MASSINI, C. I. *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*. México: UNAM, 2004.
- _____. *La falacia de la falacia naturalista*. Mendoza: Idearium, 1995.
- _____. *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, 2ª ed.. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- OLIVERCRONA, K. *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*. Barcelona: Labor, 1980.
- OLLERO, A. "Deontología jurídica y derechos humanos". In: *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología*, t. I. Murcia: UCAM-AEDOS, 2003, pp. 53-72.
- _____. "Diritto naturale e positivo". In: *Enciclopedia filosofica*. Ed. Bompiani (no prelo).
- _____. "El papel de la personalidad del juez en la determinación del derecho. Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann". In: "Persona y Derecho" 2002 (47), pp. 310-324.
- _____. "La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal". In: "La Ley" 11.XII.1998 (XIX-4691).
- _____. "Los derechos humanos entre el tópico y la utopía". In: SALDANA, J. (coordinador). *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*. México, UNAM, 1997, pp. 179-195.
- _____. *Derecho y sociedad. Dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual*. Madrid: Editora Nacional, 1973.
- _____. *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- _____. *Metodología jurídica y derechos humanos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- _____. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda edición ampliada e actualizada (no prelo).
- _____. *¿Tiene razón el derecho?. Entre método científico y voluntad política*. Madrid: Congreso Diputados, 1996.
- _____. "Juzgar o decidir: el sentido de la función judicial". In: "Poder Judicial", Madrid, 1993 (32), pp. 123-139.

- _____. *Diritto "positivo" e diritti umani*. Torino: Giappichelli, 1998.
- _____. *Droit "positif" et droits de l'homme*. Bordeaux: Éditions Bière, 1997.
- PECES-BARBA, G.. "Desacuerdos y acuerdos con una obra importante", como epílogo a ZAGREBELSKY, G.. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1995.
- _____. *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1984.
- POOLE, D. "Grisez y los primeros principios de la ley natural". In: "Persona y Derecho" 2005 (52).
- PRIETO SANCHÍS, L. "Tribunal Constitucional y positivismo jurídico". In: "Doxa" 2000 (23).
- _____. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara, 1997.
- _____. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1987.
- PRIETO SANCHÍS, L.; BETEGON, J.; GASCON, M.; PARAMO, J.R.. *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.
- RABBI-BALDI, R. (coord.). *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000.
- RAWLS, J. *El liberalismo político*. Barcelona: Crítica, 1996.
- RAZ, J. *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon Press, 1994; versão espanhola, *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa, 2001.
- SEOANE, J. A. "La doctrina clásica de la *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación". In: "Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña" 2002 (6).
- SERNA, P. "Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann". In: *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*. Granada: Comares, 2003.
- _____. "Sobre el 'Inclusive legal positivism'. Una respuesta al prof. Vittorio Villa". In: "Persona y Derecho" 2000 (43).
- TRIGEAUD, J. M.. "Droits de l'homme au XXe siècle. Entre nature et personne". In: "Persona y Derecho" 2000 (43), p. 154.
- _____. *Droits premiers*. Bordeaux: Bière, 2001.
- _____. *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, t. II. Bordeaux: Bière, 1990.
- _____. *Introduction à la philosophie du droit*, 2ª ed.. Bordeaux: Bière, 1993.
- _____. *Justice et tolérance*. Bordeaux: Bière, 1997.
- VIGO, R.. *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J.Finnis*. México: Fontamara, 2003.
- _____. *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- VILLA, V. "Inclusive Legal Positivism e neogiusnaturalismo: lineamenti di una analisi comparativa". In: "Persona y Derecho" 2000 (43).
- VILLEY, M.. *Questions de saint Thomas sur le droit et la politique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1987.
- VIOLA, F. "La conoscenza della legge naturale nel pensiero di Jacques Maritain". In: *Jacques Maritain oggi*. Monza: Vita e Pensiero, 1983.
- VIOLA, F. e ZACCARIA, G.. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1999.
- _____. *Le ragioni del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2003.
- UTZ, A. *Ethik des Gemeinwohls. Gesammelte Aufsätze 1983-1997*. Paderborn: Schöningh, 1998.

WALUCHOW, W. J.. *Inclusive Legal Positivism*.
Oxford: Clarendon Press, 1994.

ZACCARIA, G. *L'arte dell'interpretazione. Saggi
sull'ermeneutica giuridica contemporanea*.
Padova: Cedam, 1990.

_____. *Questioni di interpretazioni*.
Padova: Cedam, 1996.

_____. *Razón jurídica e interpretación*.
Madrid: Civitas, 2004.

ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley,
derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995.

Direito Positivo E Direito Natural, Ainda...

Palavras-chave: Direito Natural – Positivismo Jurídico – Princípios

Resumo: Resulta questionável apresentar, como foi habitual, a relação entre direito positivo e direito natural como se se tratasse de dois ordenamentos distintos. O positivismo jurídico teve de assumir a mudança de cenário provocada pelos ordenamentos constitucionais do pós-guerra; relaxando sua drástica separação entre direito e moral, deu lugar a um chamado positivismo “inclusivo”. Também a partir do jusnaturalismo ter-se-ia de assumir a famosa afirmação positivista segundo a qual só é direito o direito positivo, dando lugar também a uma versão “inclusiva”. As leis contra natura não deixam de ser leis, embora desnaturalizadas; o que, além de imorais, as faz sobretudo juridicamente deficientes. O jusnaturalismo não há de oferecer uma legalidade alternativa, mas sim questionar o legalismo como caricatura do jurídico. No fundo, a fronteira entre positivismo e jusnaturalismo estribará em se os positivistas continuam subscrevendo um não-cognitivismo ético, incompatível com os ordenamentos constitucionais, e em que os jusnaturalistas continuarão afirmando a existência de uma realidade jurídica objetiva como a única capaz de oferecer fundamento a seus direitos fundamentais. A via de aproximação exige uma reabilitação da filosofia prática, que questiona um exaustivo normativismo jurídico, para reconhecer o obrigatório protagonismo dos princípios. Não servirá de solução uma “dúvida demiúrgica”, empenhada em criar fundamentos meramente procedimentais.

Keywords: Natural Law – Legal Positivism - Principles

Abstract: It sounds questionable to present, as usual, the relation between positive law and natural law as if they belonged to different realms. Legal Positivism had to acknowledge the changing scenario brought about by the post-war constitutional framing, which blurred the stringent limits between law and morals, and gave room to a so-called “inclusive” Positivism. From Jusnaturalism as well, the famous positivistic statement, according to which only positive law is law, would inevitably arise, giving room to an “inclusive” version. Laws contra natura would not cease to be laws, even though denaturalised (what, besides immoral, renders them juridically defective). Jusnaturalism is not to offer an alternative legality, but questions legalism as a parody of the legal. Actually, the borderline between Positivism and Jusnaturalism will depend upon the former’s refusal of an ethic cognitivism, incompatible with today’s constitutional framing; and the latter’s claim to an objective juridical reality as the only capable of laying the foundations of its fundamental rights. The path to an approach demands a rehabilitation of practical philosophy, which questions an exhaustive juridical normativism to recognise the pre-eminent place that belongs to principles. And, as a solution, a “demiurgical doubt” striving to devise merely procedural foundations will not suffice.