

# O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

e a normatividade  
dos princípios

Eduardo Rodrigues dos Santos



# O pós-positivismo jurídico e a normatividade dos princípios



# O pós-positivismo jurídico e a normatividade dos princípios

Eduardo Rodrigues dos Santos



Copyright © 2014, D'Plácido Editora.  
Copyright © 2014, Eduardo Rodrigues dos Santos.

**Editor Chefe**  
*Plácido Arraes*

**Produtor Editorial**  
*Tales Leon de Marco*

**Capa, projeto gráfico**  
*Tales Leon de Marco*

**Diagramação**  
*Bárbara Rodrigues da Silva*

**Editora D'Plácido**  
Av. Brasil, 1843, Savassi  
Belo Horizonte – MG  
Tel.: 31 3261 2801  
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.  
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,  
por quaisquer meios, sem a autorização prévia  
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)  
Ficha catalográfica

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos.  
O pós-positivismo jurídico e a normatividade dos princípios -- 2ª tiragem  
-- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

Bibliografia.  
ISBN: 978-85-67020-61-7

1. Direito 2. Teoria Geral do Direito 3. Filosofia do Direito I. Título II. Teoria  
Geral do Direito III. Eduardo Rodrigues dos Santos.

CDU340 CDD340

GRUPO  
D'PLÁCIDO



\*  
Rodapé



À Deus, acima de tudo.  
Aos meus pais, Vlamir e Monica, pelo esforço e dedicação.  
À minha Irmã, Priscylla, pela paciência e compreensão.  
À minha avó Teresa, pelo carinho e amor.  
À minha avó Áurea, pelas lições e orações.





*In memoriam*

Ao meu avô Alair, fonte eterna de inspiração, admiração e força, que me deixou inenarrável saudade por absolutamente tudo.



# Agradecimentos

Ao meu grande amigo e orientador, Professor Luiz Carlos Figueira de Melo, com quem aprendi a maior das lições humanas: a humildade.

Aos professores do Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, que tanto me incentivaram e ajudaram nesta árdua caminhada.

Aos meus amigos e eternos professores Ricardo Rocha Viola e Wendel Ferreira Lopes, grandes conhecedores e estudiosos da teoria geral do direito.



*“Quando os homens são puros, as leis são desnecessárias;  
quando corruptos, as leis são inúteis”  
(DISRAELI)*



# Sumário

<b>Apresentação</b> .....	<b>15</b>
<b>Prefácio I</b>	
<i>Luiz Carlos Figueira de Melo</i> .....	<b>17</b>
<b>Prefácio II - Do mundo da vida ao mundo jurídico</b>	
<i>Fernando Rodrigues Martins</i> .....	<b>19</b>
<b>Introdução</b> .....	<b>21</b>
<b>1. O jusnaturalismo</b> .....	<b>23</b>
1.1. O jusnaturalismo clássico.....	25
1.2. O jusnaturalismo medieval.....	26
1.3. O jusnaturalismo moderno.....	28
1.4. O ápice e a conseqüente decadência do jusnaturalismo.....	30
<b>2. O positivismo jurídico</b> .....	<b>33</b>
2.1. A Escola da Exegese.....	36
2.2. A Teoria Pura de Hans Kelsen.....	40
2.3. Críticas e decadência do positivismo jurídico.....	43
2.4. O positivismo jurídico no Sistema Common Law.....	45
<b>3. O pós-positivismo jurídico</b> .....	<b>49</b>
3.1. A pós-modernidade.....	49
3.2. O direito e a pós-modernidade.....	55
3.3. O pós-positivismo jurídico pode ser considerado o movimento pós-moderno do direito?.....	59
3.4. O pós-positivismo jurídico.....	60

<b>4. O pós-positivismo jurídico e a normatividade dos princípios</b> .....	<b>65</b>
4.1. Teoria da Norma Jurídica de Ronald Dworkin.....	69
4.2. Teoria da Norma Jurídica de Robert Alexy.....	74
4.3. Teoria da Norma Jurídica de Humberto Ávila.....	79
4.3.1. Postulados Jurídicos Normativos: um “novo” parâmetro para a aplicação do Direito.....	84
4.3.2. Crítica de Virgílio Afonso da Silva à Teoria de Humberto Ávila.....	91
<b>Conclusões</b> .....	<b>95</b>
<b>Referências</b> .....	<b>99</b>



# Apresentação

Vem ao mundo das publicações do Direito a obra de Eduardo Santos intitulada o *Pós positivismo jurídico e a normatividade dos princípios*. Trata Eduardo de apresentar ao universo jurídico, à comunidade jurídica, a visão geral e de panorama das discussões teóricas sobre as novas concepções normativas, centrando o alvo na natureza e na densidade jurídica dos princípios. Noutras palavras, Eduardo quer explorar o conceito de norma com a necessária consideração da normatividade dos princípios.

Para a tarefa, parte das grandes ideologias jurídicas, o jusnaturalismo, o positivismo e, como um insurgente quadro, o pós-positivismo, numa espécie de genética e formação contemporânea da teoria dos princípios.

Não é tarefa simples já que as três grandes correntes, tal qual foram alinhadas pelo Autor, sabemos, comportam fracionamentos e pluralidade de correntes internas, entendimentos e, muitas vezes, extremadas controvérsias intestinas. Como exemplo, quantos positivismos há?

Assim, Eduardo Santos procurou decompor os capítulos iniciais de tal forma que seja possível acompanhar a linha de evolução das três grandes ideologias jurídicas, com o sequencial histórico e a apresentação de algumas das correntes internas do jusnaturalismo e do juspositivismo.

Na abordagem sobre o jusnaturalismo, o livro opta por divisão temática que vai do que denomina período clássico, seguido pelo medievo e, ao final, o naturalismo moderno.

O objetivo é o descortinar das teorias jusnaturalistas sobre os então denominados princípios gerais do direito, ou, não em poucas ocasiões, os próprios postulados do direito natural sob a roupagem de princípios.

Ao mencionar o positivismo, o Autor opta por um enfoque que oscila entre dois pontos: as correntes legalistas e o papel dos princípios para o legalismo, e a inerente contenção desta corrente à pretensa objetividade da norma legal; de outra sorte, vai-se ao normativismo kelseniano e o esboço

do que a construção da teoria pura do direito apresenta à abordagem da teoria principiológica.

Interessante que o Autor já amarra a sua concepção de sistema jurídico ao detectar e sustentar a *ruptura para baixo* do juspositivismo. Isso é bastante claro já que a proposta é situar a teoria dos princípios dentro de um marco de estruturação, qual seja, o pós-positivismo.

Para situar o pós-positivismo é necessário que o leitor se familiarize com os recortes temporais e de contexto do Autor. Eduardo contextualiza o chamado pós-positivismo jurídico na *onda da pós-modernidade*. Ressalte-se que não quer tomar como sinônimos pós-modernidade e pós-positivismo. Menos ainda, o pós-positivismo como o direito da pós-modernidade. Mas, de qualquer maneira, é nas conflagrações da pós-modernidade que se prepara a base material do pós-positivismo.

Não é tarefa simples juntar os disparatados e múltiplos contornos, ainda sem um acordo semântico, do que seja o pós-positivismo. O Autor não quer apresentar uma tábua fechada conceitual do pós-positivismo mas os indicadores temporais e as construções já elaboradas pela teoria do direito e teoria constitucional que procuram elucidar o que é o pós-positivismo.

Finalmente, Eduardo buscou três autores de alto escol para a compreensão dos princípios, *no e para* o Direito. Vão aí Ronald Dworkin, Roberto Alexy e Humberto Ávila. A apresentação da teoria principiológica, realizada por Eduardo, procura lograr o seguinte: primeiro, são as 3 referências do assunto em várias searas do direito e que são transportadas para o específico da teoria dos princípios; segundo, permitem, na análise conjunta, visualizar não só a exposição sobre o assunto mas já uma crítica sobre o estado da discussão (notadamente com Ávila); terceiro, é possível explorar os confrontos entre as concepções, entre elas, no cotejo crítico de Dworkin x Alexy, ou do outro com este, ou aquele. E, no arremate, Eduardo alinhavou as bem tecidas críticas de Virgílio Afonso sobre os princípios. Assim, temos no encerramento do trabalho um excelente apanhado crítico sobre a moderna teoria dos princípios.

É obra considerável e, como leitor de primeira mão, encerro a apresentação com um justo: Leiam!

Uberlândia, no início da estação das águas do setembro de 2013.

*Alexandre Walmott Borges*

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Professor de Direito Constitucional do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU); Professor do Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia (UFU); Professor visitante do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP); Foi Coordenador do Mestrado em Direito Público da UFU (2010-2012);

Atualmente é Diretor de Pós-graduação da UFU - Pró-Reitoria de Pesquisa e de Pós-graduação; Advogado

# Prefácio I

É uma honra prefaciá-la esta brilhante obra do jovem autor Eduardo Rodrigues dos Santos. Registre-se que, apesar da pouca idade, este já é o seu segundo livro, sem contar os diversos artigos publicados em revistas jurídicas do Brasil e da Europa, bem como em livros coletivos.

Ainda nos bancos da faculdade ele já se destacava dos demais. Não era um aluno comum; não se contentava com simples afirmativas; exigia fundamentos; estava sempre na biblioteca à busca das melhores assertivas e das melhores conclusões.

A juventude dos anos verdes fazia-o inconformado com explicações superficiais e às vezes seu comportamento chegava às raias da arrogância; ao menos para alguns colegas professores que, talvez, não estivessem aptos a ter um aluno tão brilhante e questionador.

Foi nesse ambiente fervilhante das ideias combatentes e combatidas que nasceu o embrião do livro que agora tenho a honra de prefaciá-la.

Em linguagem simples e acessível, capaz de encantar os neófitos e surpreender os maduros, Eduardo constrói uma arquitetura de embasamento paradigmático para o mundo do direito, utilizando os *valores principiológicos* como lastro para retratar o arcabouço do *direito na contemporaneidade*.

A obra, intitulada “*O Pós-Positivismo Jurídico e a Normatividade dos Princípios*”, fora desenvolvida durante o final da graduação do autor, no ano de 2012, sob minha orientação, momento em que Eduardo estudava para realizar a prova de ingresso no Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia.

Já no ano de 2013, durante as aulas do referido curso de mestrado e, também, da pós-graduação em direito constitucional, o autor fez uma revisão da obra à luz das novas leituras à que foi apresentado e das críticas apontadas por seus professores, o que, a nosso ver, elevou bastante o nível do trabalho.

Assim, discutindo matéria ligada diretamente à *teoria geral do direito*, à *filosofia jurídica* e ao *direito constitucional contemporâneo*, o autor redigiu um texto brilhante, que ao mesmo tempo é profundo e didático, no qual foi capaz

de tratar das doutrinas paradigmáticas do direito (*jusnaturalismo*, *positivismo* e *pós-positivismo*) de maneira surpreendentemente “fácil”.

Além disso, o autor enfrenta uma discussão bastante polêmica: saber se o *pós-positivismo jurídico* seria ou não o *paradigma jurídico da pós-modernidade*. Após enfrentar a referida polêmica, o autor adentra a parte central de seu trabalho e passa a discutir a *normatividade dos princípios jurídicos* e as *novas teorias da norma jurídica*, com ênfase nas duas teorias mais consagradas atualmente no mundo, as de *Ronald Dworkin* e de *Robert Alexy*, bem como na teoria que vem ganhando maior destaque no Brasil nos últimos anos, a *Teoria dos Princípios de Humberto Ávila*.

Esta obra vem, em bom tempo, preencher uma considerável lacuna no mercado de livros jurídicos, disponibilizando aos juristas uma *bibliografia base* que trate didaticamente dos referidos temas, auxiliando-os nos estudos da *graduação* e da *pós-graduação*, notadamente, também, nos estudos para ingresso em programas de *Mestrado* e *Doutorado*, como o *Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia*, por exemplo. Além do mais, esses temas vêm sendo, cada vez mais, cobrados em *concursos públicos* e, agora, no *exame da OAB*, com a inserção da *disciplina de filosofia do direito*.

Ressalve-se, ainda, que, apesar de se tratar de obra de teoria geral, o assunto cada vez mais vem sendo objeto de discussão da *práxis* jurídica, sobretudo no âmbito dos tribunais superiores (com especial destaque para a jurisprudência do STF), nos debates sobre os mais variados temas em que, necessariamente, os julgadores precisam tratar de assuntos como *justiça*, *nova hermenêutica constitucional*, *normatividade dos princípios jurídicos*, *colisão de direitos fundamentais*, *restrição de direitos fundamentais* etc.

Por fim, *recomendo a leitura desta obra* a todos os estudiosos da Teoria Geral do Direito, da Filosofia Jurídica e do Direito Constitucional, por tratar-se de um trabalho essencial a essas disciplinas. Recomendo, também, a todos aqueles que desejem ingressar em programas de pós-graduação, seja especialização, seja Mestrado ou Doutorado, notadamente àqueles que almejem estudar para o Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia. Recomendo, ainda, para os professores e alunos da graduação em Direito e para aqueles que estudam para concursos públicos e para o exame da OAB.

*Luíz Carlos Figueira de Melo*

Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG);  
Professor de Dir. Administrativo do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU);  
Professor do Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia (UFU);  
Professor visitante do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Estadual Paulista Júlio de  
Mesquita Filho (UNESP); Procurador da Câmara Municipal de Uberlândia; Parecerista e Advogado

# Prefácio II

## Do mundo da vida ao mundo jurídico

As mutações do Direito enquanto ciência propiciam diversas pistas, pesquisas e conclusões a respeito da inerente evolução e estágio atual. Dito de outra forma, concluir é quase sempre quimera, isto porque novas teorias surgem e abrem campo para outras peregrinações jurídicas.

A *teoria da norma jurídica* representa cenário bastante fecundo para análise da transubstanciação do Direito. *Grosso modo*, naquilo que pode se esperar de um prefácio, dá-se uma abordagem melancólica ao tema.

Verifica-se, num primeiro passo, a existência forte de atuação do mundo dos princípios (*os chamados princípios gerais do direito*) que serviram (e ainda servem) como emanção do espírito da justiça, o dever é: não lesar ninguém; dar a cada um o que é seu; viver honestamente.

A questão toda que se põe sobre os mencionados *praecepta juris* é que por mais dignos que sejam acabam permitindo olhar individualizado do aplicador, gerando insegurança e notadamente o indesejável *pré-juízo* (Gadamer, *in Verdad y metodo*). Sabe-se que a sociedade é pura comunicação (Luhmann, *Introdução à teoria dos sistemas*) e disso decorre o aumento da complexidade. Quanto mais complexos os níveis de comunicação há necessidade de reduzir os nichos de insegurança. Eis o que proporcionou a imersão do Direito no positivismo.

Contudo, no tardar das luzes do *Estado gendarme* logo se viu a crítica séria desencadeada por Gaston Morin ao panfletar sobre '*la révolte des faits contre le code*', isto porque o Direito, enquanto modelo positivista, não conseguia prever e resolver a totalidade de causas subjacentes de injustiças no plexo social. Direito autônomo, mas insuficiente. Quando não muito, ridiculamente utilizado como arma de opressão e de holocausto, a partir de teorias justificadoras do caos, como aquela de péssima memória quanto à *legitimidade do extraordinário* (Carl Schmitt, *Legalidade e legitimidade*).

Houve tempo, aprendizado e cultura para compreender que o Direito sozinho enquanto teoria pura é *ciência de estante*, sem lugar para a transformação

social, sem meios de operacionalizar os fatos em rumo da ordem jurídica mais justa. Há necessidade de buscar dentro do plano da validade, as invariáveis axiológicas que justificam o personalismo ético e daí prumar o direito a serviço da humanidade e não o contrário: a humanidade castrada pelo direito.

A estratégia discursiva dos direitos humanos, mediante positivação interna junto às Constituições forcejando os direitos fundamentais, garantiu a humanização do ‘*setor jurídico social*’, contudo foram os princípios (agora compreendidos como *princípios gerais no direito*) – considerando a inevitável ductilidade, exame de ponderação e essencial força normativa – que possibilitaram compreender o direito como um sistema aberto, flexível, autopoietico e de eterno aprendizado, onde o mundo jurídico deve ser *equipolente* ao mundo da vida.

O livro que sai agora pela editora D’Plácido tem o especial obséquio de enfrentar a constituição e evolução da teoria da norma jurídica. Matéria de extrema importância aos cientistas do Direito, porque abre-se frente à todas possibilidades (a partir da filosofia do direito, perpassando pela teoria geral e sociologia, rumo às dogmáticas concentradas). Mas no manejo das linhas subscritas no decorrer da obra, vê-se o jovem estudioso *Eduardo Rodrigues dos Santos* encantado com o estudo do Direito, ao ponto de em fase de conclusão de mestrado, permitir-se em demais provocações acadêmicas de magnifico elã, como se já não tivesse o bastante para enfrentar.

Ganhamos todos com o presente estudo, porque qualquer acréscimo, desde que seja espontâneo e voluntarioso, já é de todo recomendável. Faço votos que o fôlego se estenda para demais obras, na certeza de que a evolução acadêmica é de todo essencial para a sociedade e para a promoção da pessoa humana.

*Fernando Rodrigues Martins*

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP);  
Professor de Direito Civil do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU);  
Professor do Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia (UFU);  
Coordenador do Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia (UFU);  
Associado Fundador do Instituto de Direito Privado (IDP);  
Promotor de Justiça em Minas Gerais

# Introdução

Esta obra é resultado de anos de pesquisa sobre a temática das doutrinas filosóficas do direito: jusnaturalismo, juspositivismo e pós-positivismo jurídico. Nosso intento é demonstrar como o direito evoluiu filosoficamente ao longo do tempo, principalmente, com base nos paradigmas aqui apresentados.

O tema é de grande relevância no cenário jurídico brasileiro e mundial e vem sendo objeto de grandes discussões no âmbito acadêmico, doutrinário e jurisdicional. Em razão disso, nosso interesse em pesquisá-lo. Com toda a certeza não esgotamos as discussões em relação às doutrinas aqui discutidas, em verdade nem ao menos passamos perto disso, mas acreditamos ter contribuído para a sua boa compreensão.

Gostaríamos de começar citando um pequeno trecho da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth que muito nos inspirou na produção deste trabalho. *In verbis*:

Nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica. Cada vez mais pergunta-se como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam. Essa indagação fundamental que já produz inquietação em muitos advogados, juízes e juristas torna-se tanto mais perturbadora em razão de uma invasão sem precedentes dos tradicionais domínios do direito, por sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos e psicólogos, entre outros. Não devemos, no entanto, resistir a nossos invasores; ao contrário, devemos respeitar seus enfoques e reagir a eles de forma criativa. Através da revelação do atual funcionamento de nossos sistemas jurídicos, os críticos oriundos das outras ciências sociais, podem, na realidade, ser nossos aliados na atual fase de um longa batalha histórica – a luta pelo “acesso à justiça”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 7-8.

Deixemos a reflexão sobre o citado texto aos leitores, com a certeza de que nossa missão é inspirar o pensamento crítico e não dar lições prontas a ninguém. Assim sendo, passemos efetivamente à introdução desta obra.

O que é o direito? Quais são os fins do direito? Para que serve o direito? Perguntas como estas são feitas há tempos indetermináveis e jamais obtiveram uma resposta universal que pudesse ser válida em todos os lugares e em todos os tempos. Isso porque o direito é uma ciência de constante evolução, é uma ciência que evolui com as sociedades.

Assim, em um determinado tempo o direito não será o mesmo para todas as sociedades e nem mesmo em determinada sociedade o direito será o mesmo em todos os tempos. Isto se dá porque o direito está sempre em evolução e, justamente por isto, é de grande importância o estudo dos paradigmas jusfilosóficos que fundamentaram o direito ao longo do tempo e que ainda o fundamentam. Este estudo é importante para a compreensão do direito, sobretudo hoje, em sociedades de alta complexidade, cujas fundamentações parecem ser as mais variadas possíveis.



# O jusnaturalismo

1

O jusnaturalismo ou direito natural consiste em uma corrente doutrinária do direito que acredita que há direitos universalmente válidos, imutáveis, que são inatos e independem da vontade humana, que existem em razão de algo superior<sup>2</sup> e que objetivam assegurar a justiça.

Norberto Bobbio define o jusnaturalismo como a corrente do direito que tem a convicção de que “uma lei para ser lei, deve ser conforme a justiça” e completa dizendo que “a teoria do direito natural é aquela que considera poder estabelecer o que é justo de modo universalmente válido”.<sup>3</sup>

No mesmo sentido, Aurora Tomazini de Carvalho afirma que, para o jusnaturalismo, “o direito é uma ordem de princípios eternos absolutos e imutáveis cuja existência é imanente à própria natureza humana”, sendo que este direito natural é “anterior ao conjunto de leis postas e aprovadas pelo Estado”.<sup>4</sup>

Por sua vez, Ronald Dworkin afirma que as teorias jusnaturalistas “sustentam que os juristas seguem critérios que não são inteiramente factuais, mas, pelo menos até certo ponto, morais, para decidirem que proposições jurídicas são verdadeiras” e, segundo o próprio Dworkin, as correntes mais radicais do jusnaturalismo afirmam que o direito e a justiça são coisas idênticas.<sup>5</sup>

Já para Edgar de Godoi da Mata-Machado, o direito natural sustenta-se na concepção de que há um mínimo de coisas que são devidas ao homem em razão da sua própria natureza humana, como se verifica nas palavras do autor que se seguem:

---

<sup>2</sup> Este algo superior pode ser a natureza, a razão humana ou alguma divindade (Deus).

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35.

<sup>4</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico**. 2.ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 72.

<sup>5</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 44.

Há realmente um *debitum*, algo devido ao homem, enquanto mesmo que homem, tendo em vista a *essência* do homem (aquilo que o homem é), melhor, sua *natureza*, raiz dos atos que o homem pratica; há coisas que se devem ao homem por corresponderem a exigências concretas de sua natureza [...] A vida, por exemplo, quer se considere em relação a cada indivíduo, a vida, pois, de cada um, quer se considere a própria vida social; a propagação da espécie pela união do homem à mulher, a educação dos filhos, o acesso de todos aos bens da cultura, o aperfeiçoamento intelectual e moral da pessoa humana, o respeito que é devido à sua liberdade e dignidade, são *direitos naturais*, atribuíveis ao homem, fundamentalmente, pela regra do *direito natural*.<sup>6</sup> (MATA-MACHADO, 1976, p. 39-40).

Com base nos ensinamentos de Norberto Bobbio, pode-se caracterizar os direitos naturais da seguinte maneira: são direitos *universais*, ou seja, válidos para todos e em todos os lugares; *imutáveis*, isto é, válidos em qualquer tempo; de *cognição racional*, ou seja, conhecidos através da razão humana; produzidos pela *natureza* ou pela *razão humana* ou ainda por *Deus* ou qualquer outra entidade divina; *objetivamente bons*, isto é, estabelecem aquilo que é bom para a sociedade, ou melhor, aquilo que é justo; e por fim, não são *indiferentes aos comportamentos regulados*, ou seja, eles os valoram.<sup>7</sup>

Caracterizados os direitos naturais, é de suma importância apresentar algumas das principais classificações acerca da doutrina do jusnaturalismo. Dentre tais classificações, duas merecem destaque neste trabalho: as dos notáveis Miguel Reale e Norberto Bobbio.

Para Miguel Reale, o jusnaturalismo se divide sob a ótica de duas teorias: a transcendente e a transcendental. Segundo ele, a teoria transcendente concebe o jusnaturalismo “como um arquétipo ideal, uma realidade ontológica válida em si mesmo”, ou seja, um sistema perfeito que independe de qualquer outra coisa para existir, pois é autossuficiente. Já a teoria transcendental restringe a esfera de ação do jusnaturalismo “ao plano deontológico, em correlação e funcionalidade necessária com o plano da experiência histórica do direito”, isto é, restringe o jusnaturalismo a um plano de valores sociais historicamente estabelecidos e necessariamente tutelados pelo direito.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. **Elementos de Teoria Geral do Direito**: Introdução a Ciência do Direito. Belo Horizonte:Veja, 1976, p. 39-40.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de Filosofia do direito. São Paulo: Icone, 2006.

<sup>8</sup> REALE, Miguel. Filosofia do direito. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 590.

Já a classificação proposta por Norberto Bobbio,<sup>9</sup> utiliza-se de um critério histórico, dividindo a doutrina jusnaturalista em três fases: jusnaturalismo clássico, jusnaturalismo medieval e jusnaturalismo moderno, as quais serão trabalhadas em separado, vez que se mostram de grande relevância para a compreensão do próprio desenvolvimento do jusnaturalismo, sobretudo de sua histórica superação pelo positivismo jurídico.

## 1.1. O jusnaturalismo clássico

O jusnaturalismo clássico encontra-se ligado a Antiguidade Clássica e se desenvolve na Grécia Antiga, através das obras de grandes filósofos, perdurando até a Roma Antiga, onde ganhou contribuições significativas, tais como as de Cícero.

Norberto Bobbio ensina que o jusnaturalismo clássico é aquele que se desenvolve através do pensamento dos filósofos gregos, sobretudo, de Platão e Aristóteles que trabalhavam com a ideia de uma justiça universal baseada em uma razão natural – *naturalis ratio* – e que posteriormente foi adotado pelas escolas do *ius gentium* na Roma Antiga.<sup>10</sup>

Nesse mesmo sentido, Aurora Tomazini de Carvalho afirma que “o jusnaturalismo Clássico é marcado pelo pensamento grego pré-socrático e tem fundamento na existência de uma lei natural. A “ordem natural” é inerente à essência das coisas, permanente e imutável. Deste modo, da mesma forma que há uma ordem intrínseca na natureza para os movimentos dos corpos, para a transformação da matéria, existe uma ordem jurídica para o convívio em sociedade: o direito”.<sup>11</sup>

Dentre os filósofos pré-socráticos, merece destaque os trabalhos de Heráclito e Pitágoras. O primeiro defendia a ideia de que todas as coisas são eternamente mutáveis, com exceção da “lei natural ‘da qual, todas as leis humanas tiram sua força’”. O segundo sustentava que a gênese das leis não se encontrava na vontade dos cidadãos, mas sim em sua “conformidade com as leis naturais”.<sup>12</sup>

Já dentre os sofistas, destacam-se as obras de Protágoras, Hípias, Licófron e Alcidas. Conforme leciona Mata-Machado, Protágoras acreditava em

---

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do direito. São Paulo: Icone, 2006.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de Filosofia do direito. São Paulo: Icone, 2006.

<sup>11</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito**: o construtivismo lógico-semântico. 2.ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 73.

<sup>12</sup> MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. **Elementos de Teoria Geral do Direito**: Introdução a Ciência do Direito. Belo Horizonte:Veja, 1976, p. 60.

um direito natural de caráter permanente e irreduzível, sustentando-se no mito de que Zeus ordenou a Hermes que repartisse entre todos os homens o respeito e a justiça. Hípias, Licófron e Alcidas defendiam que o direito natural deveria servir como modelo para adaptação e transformação do direito vigente. Nesse sentido, para Licófron era inadmissível toda e qualquer forma de privilégios, vez que se opõem “à igualdade natural dos homens”, e com base no mesmo fundamento, Alcidas condenava a escravidão.<sup>13</sup>

Dentre os filósofos socráticos, vale destacar que o próprio Sócrates, como ensina Henri Rommen citado por Mata-Machado, acreditava em um “mundo objetivo e cognoscível de valores: valores do bem, do belo e do justo”.<sup>14</sup> Platão, por sua vez, defendia a existência de um direito imutável e eterno ligado à ideia de justiça.<sup>15</sup> Já para Aristóteles, como demonstra Norberto Bobbio, “o direito natural é aquele que tem em toda parte (*πανταχοῦ*) a mesma eficácia” e que prescreve ações “cuja bondade é objetiva”, ou seja, trata-se de um direito justo e universal sustentado por pilares, não só jurídicos, mas também éticos.<sup>16</sup>

Por fim, entre os Romanos, realça-se a vasta obra de Cícero, para quem o direito sempre fora maior que a lei. Para ele, a justiça e o direito fundam-se na própria natureza e não no arbítrio (nas leis postas). Para Cícero o direito natural liga-se a ideia de virtude e justiça, de modo que, não existem apenas direitos naturais, mas também deveres naturais, por exemplo: a honestidade, pois para Cícero “nada é útil, sendo contrário ao honesto”.<sup>17</sup>

Em síntese, como se pôde verificar, o jusnaturalismo clássico liga-se a ideia de um direito natural eterno, universal e superior, advindo da natureza em si (às vezes humana, às vezes divina [mitológica] e às vezes enquanto essência de todas as coisas).

## 1.2. O jusnaturalismo medieval

O jusnaturalismo medieval é aquele que se desenvolve na Europa da Idade Média, sendo extremamente pautado em fundamentos religiosos (católicos), caracterizando-se por pregar um direito universal e eterno, que

---

<sup>13</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> LACERDA, Bruno Amaro. **Direito natural em Platão**: as origens gregas da teoria jusnaturalista. Curitiba: Juruá, 2009.

<sup>16</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de Filosofia do direito. São Paulo: Icone, 2006, p.17.

<sup>17</sup> CÍCERO. **Dos deveres**. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 150.

tem como escopo fundamental a busca por uma justiça dentro dos limites do cristianismo (justiça divina), ou melhor, da fé pregada pela Igreja Católica.<sup>18</sup>

Nesse sentido, Aurora Tomazini de Carvalho afirma que “no jusnaturalismo medieval, a ‘ordem natural’ deixa de ser o modo próprio das coisas para ser a vontade divina. Misturam-se o conceito de ‘direito’ com o de ‘justiça divina’. O direito passa a ser visto como uma ordem ontológica que expressa o justo, de modo que a posituação das leis pelo Estado está subordinada às exigências de uma ordem normativa superior, a justiça divina”.<sup>19</sup>

Dentre as obras sobre o direito natural desta época, destaca-se a do filósofo católico Tomás de Aquino,<sup>20</sup> que definia a *lex naturalis*, como: “*participatio legis aeternae in reitionali creatura*”, ou seja, aquilo a que o homem é levado a fazer pela sua natureza racional; entretanto essa natureza racional estaria vinculada ao seu criador (Deus), que por sua vez, tinha a Igreja enquanto sua “legítima” representante.<sup>21</sup>

Com base nos estudos de Jacques Maritain, citado por Mata-Machado, pode-se afirmar que Tomás de Aquino enxerga o direito natural como uma “ordem ou disposição que a razão humana pode descobrir e segundo a qual a vontade humana deve agir para pôr-se em consonância com os fins essenciais do ser humano”.<sup>22</sup> Contudo, há e se advertir que os “fins essenciais do ser humano”, obviamente, eram aqueles pré-estabelecidos e determinados pelo “evangelho” pregado pela “Santa” Igreja, e não aqueles que atendiam aos fins e as necessidades reais das pessoas.

---

<sup>18</sup> A religião católica não mais se “confunde” com o cristianismo, como já “confundi”. Hoje, muitas outras religiões e Igrejas, também, pregam a fé cristã.

<sup>19</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito**: o construtivismo lógico-semântico. 2.ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 73.

<sup>20</sup> Sobre Tomás de Aquino e o jusnaturalismo medieval, Mata-Machado afirma: “Explica Sto. Tomás que todos os seres, enquanto regidos pela Divina Providência, participam de algum modo da lei eterna pelo fato de que, recebendo em si a impressão dessa lei, possuem inclinações que os impelem aos atos e aos fins que lhes são próprios. É a lei natural considerada genericamente, a qual rege a matéria inorgânica, as plantas, os animais. Mas a submissão da criatura racional à Providência Divina se faz de modo super-excelente (*excellentiori quodam modo*), pois o homem é co-partícipe da Providência e capaz, ele próprio, de prover ao que lhe convém e aos outros (*sibi ipsi et aliis providens*). Assim, a participação à lei eterna, na criatura racional, funda-se em que tal criatura possui “natural inclinação para o fim e para o ato devidos” (*in ipsa participatur ratio aeterna, per quam habet naturalem inclinationem ad debitum finem et actum*), isto é, para o modo de agir e para as finalidades que se radicam na sua própria natureza”. MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. **Elementos de Teoria Geral do Direito**: Introdução a Ciência do Direito. Belo Horizonte:Veja, 1976, p. 65.

<sup>21</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de Filosofia do direito. São Paulo: Icone, 2006, p.20.

<sup>22</sup> MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. **Elementos de Teoria Geral do Direito**: Introdução a Ciência do Direito. Belo Horizonte:Veja, 1976, p. 66.

Muitas vezes ler e estudar *filosofia do direito* e *teoria geral do direito* parece muito complicado ou mesmo "chato". Contudo, cada vez mais a filosofia e a teoria geral vêm adentrando os debates jurídicos acadêmicos e jurisprudenciais. Nesse contexto, entender as doutrinas do *jusnaturalismo*, do *juspositivismo* e do *pós-positivismo jurídico* faz-se cada vez mais relevante. O próprio Supremo Tribunal Federal constantemente faz menção a essas doutrinas e se utiliza dos métodos de interpretação e aplicação do direito desenvolvidos por elas. O grande desafio deste livro foi abordar essas doutrinas (jusnaturalismo, do juspositivismo e do pós-positivismo) num contexto da *pós-modernidade* (ou da contemporaneidade) de maneira *simples* e *acessível* àqueles que desejam iniciar-se no debate filosófico do direito. Ademais, para além da abordagem dessas doutrinas, no âmbito do assim chamado pós-positivismo jurídico, procurou-se apresentar ao leitor, de maneira *fácil* e *concisa*, as três principais *teorias da norma jurídica* (com foco nos princípios) à luz do *constitucionalismo contemporâneo*, que tem na *normatividade e aplicabilidade dos princípios jurídicos* seu ponto áureo. Assim, para a compreensão dos princípios no e para o direito, apresentamos, de maneira resumida, as teorias de Ronald Dworkin, Robert Alexy e Humberto Ávila, sem dúvida alguma, as mais consagradas no direito contemporâneo.



ISBN 978-85-67020-61-7

