



UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS
PRO-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
DEPARTAMENTO DE APOIO À PESQUISA
PROGRAMA INSTITUCIONAL DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA

Interfaces de saberes: reflexões acerca da relação entre Ética e Direito na
concepção de jusnaturalismo

Bolsista: Francisco Cuesta de Oliveira, CNPq

MANAUS
2013



UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS
PRO-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
DEPARTAMENTO DE APOIO À PESQUISA
PROGRAMA INSTITUCIONAL DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA

RELATÓRIO FINAL

Interfaces de saberes: reflexões acerca da relação entre Ética e Direito na
concepção de jusnaturalismo

Bolsista: Francisco Cuesta de Oliveira, CNPq

PIB-H/0018/2012

Orientadora: Prof^aDr^a Valcicléia Pereira da Costa

MANAUS

2013

Resumo

Dentro da noção de Jusnaturalismo e formação do Estado, como ajuntamento de indivíduos livres, não há como não mencionar Jean-Jaques Rousseau e John Locke, filósofos que adentraram na concepção primeira de Contrato ou Pacto Social. Em seus livros, *Do Contrato Social* e *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*, expõem de uma forma gradual a passagem do homem, de um estado de natureza para um estado civil, modificando com isso a lei que os regia, não sendo mais a natural, mas sim a lei civil. Estabelecem em seus livros algumas dicotomias, como a diferença entre liberdade natural e liberdade civil, onde se faz interessante a abordagem. Ademais, o presente trabalho traz uma sucinta abordagem do pensamento do jusfilósofo Robert Alexy, insculpida em seu livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Esses três clássicos da Filosofia do Direito dizem respeito a vida do homem em sociedade a partir do respeito à lei, como norma regradora, para se chegar ao bem comum.

Palavras-chave: Jusnaturalismo, Filosofia do Direito, Rousseau, Locke, Alexy.

Abstract

Within the notion of natural law and state formation, as gathering of free individuals, there is no way not to mention Jean-Jacques Rousseau and John Locke, philosophers who first stepped into the design of Agreement or Memorandum. In his books, *The Social Contract* and *Second Treatise of Civil Government*, exhibit a gradual passage of man from a state of nature to a civil state, thereby modifying the law, which governed, not being more natural, but the civil law. Establish on its books some dichotomies, as the difference between natural liberty and civil liberty, which does an interesting approach. Moreover, this work provides a succinct approach to thinking jusfilósofo Robert Alexy, writing in his book *Theory of Fundamental Rights*. These three classics of philosophy of law concern the life of man in society based on respect for the law, as a rule, to get to the common good.

Key words: Jusnaturalism, Philosophy of Law, Rousseau, Locke, Alexy.

Sumário

Resumo	03
Abstract	04
Introdução	06
Capítulo 1. Antagonismo entre liberdade natural e liberdade civil em Locke e Rousseau	10
1.1. Liberdade natural e liberdade civil no <i>Contrato Social de Rousseau</i>	10
1.2. Diferença entre liberdade civil e liberdade natural no <i>Segundo Tratado de John Locke</i>	15
Capítulo 2. Diferença entre estado civil e estado de natureza em dois pensadores ...	20
2.1. Diferença entre estado de natureza e estado civil em <i>Rousseau</i>	20
2.2. Diferença entre estado civil e estado de natureza em <i>John Locke</i>	23
Capítulo 3 - A distinção entre a lei natural e a lei civil	26
3.1. A distinção entre lei natural e lei civil em Locke	26
3.2. A diferença entre lei natural e lei civil em Rousseau	32
3.3. Considerações Finais	35
Capítulo 4. Diferenças entre Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico	36
4.1. As diferenças essenciais entre o Jusnaturalismo clássico e o Positivismo no pensamento Clássico	36
4.2. As diferenças essenciais entre o Jusnaturalismo Clássico e o Positivismo Jurídico, no pensamento dos jusnaturalistas nos séculos XVII e XVIII	37
4.3. Diferenças essenciais sobre as duas correntes jurídico-filosóficas	39
4.4. Considerações Finais	42
Capítulo 5. Visão de Robert Alexy sobre o Jusnaturalismo e o Positivismo	43
5.1. Visão dos Princípios de Robert Alexy dentro da nova temática constitucional	45
5.2. Considerações Finais	47
Capítulo 6. Conclusão	48
Referencias	52

Introdução

Como me propus a tratar da interface de saberes, entre a Ética e o Direito, dentro da concepção de jusnaturalismo, se fez necessário a busca dentro do ramo filosófico e jurídico de filósofos que trataram da questão mais apuradamente. Como é de praxe, a lembrança primeira que vem a mente são os contratualistas, pois foram os primeiros depois da Idade Média, a querer saber a origem do Estado e como se deu a formalização da sociedade como se vê hoje, agregada, por uma lei maior.

Nesta esteira, evidenciavam-se figuras como Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), Voltaire (1694-1778), John Locke (1632-1704), Barão de Montesquieu (1689-1755) e Immanuel Kant (1724-1804), primeiramente, não que esses tenham sido os únicos a se interessarem por essa busca tão enigmática, no entanto, são eles que colocaram em evidência a problemática da liberdade natural e social, objeto de nossa pesquisa.

A escolha por Rousseau e Locke, primeiramente, foi pela magnificência do livro *O Contrato Social* ou *Do Contrato Social*, de Jean-Jacques Rousseau, e depois pela ênfase de Locke na teoria do liberalismo, categoria que despertou meu interesse quando estudava sobre a noção de Direito Constitucional em outras potências, como França e Inglaterra.

Outrossim, ao se mencionar a categoria **jusnaturalismo**, evidencia-se, entre os estudiosos, um grande mistério, um ocultismo acadêmico de cunho epistemológico, onde se parece que ainda, em pleno século XXI, não sabemos realmente como se deu esse “direito natural”, e quais foram os seus escopos principais. Por outro lado, ao se falar em jusnaturalismo, não há como não fazer o contrabalanceamento com o positivismo jurídico, principalmente, após a queda da monarquia na França e a passagem para a monarquia parlamentarista na Inglaterra. Nesse contexto, a ascendência do liberalismo de Locke e a sua busca por uma lei máxima dentro de um país legaram a posteridade importantes contribuições, tanto no campo filosófico e jurídico como político e econômico, tal como é assinalado por Hans Kelsen.

Ainda, quando se fala em jusnaturalismo, não há como não pensar em Filosofia, Ética e Direito, oportunamente, ao saber que, a Filosofia, como árvore de conhecimento, deu iniciação àquelas duas áreas do conhecimento, e que por conta da divisão trazida pelo pensamento renascentista, culminado na Revolução Industrial fez o afastamento do Direito e da Ética, dando a cada área epistemológica um escopo de estudo e pesquisa, onde à primeira ficou com o campo da lei e seus enquadramentos, e a segunda com a questão da vida correta em sociedade, bem como a vida interior do homem, e como surgiu o mal no mundo.

Então, por conta da ascendência do positivismo e do liberalismo, a lei não precisava, na sua busca derradeira, ser necessariamente ética, e muito menos fazer justiça segundo os princípios éticos, mas apenas refrear os ânimos internos dos seres humanos, de acordo como princípios normativos previamente estabelecidos em lei. Botar freio na maldade humana e na vida social dos seres humanos, enquanto sociedade, aí residia a razão de existência da lei, enquanto norma de conduta legal. Agora, se a lei era justa e ética, isso não era mais um preceito jurídico, e sim da Ética, sendo que a lei só precisava fazer o seu papel para que chegasse a ser eficiente. Isso explica os suplícios, as mortes injustas, a não observância da legítima defesa, os julgamentos feitos parcialmente, a ausência do Estado na qualificação de juízes realmente instituídos para aplicação da lei, enfim, a barbárie judicial.

Além disso, por conta do positivismo assumir o poder da lei, o jusnaturalismo clássico caiu em derrocada e, com isso, a lei pura foi o que sobressaiu, principalmente após o livro *A Teoria Pura do Direito*, do filósofo Hans Kelsen. Acontecimentos ocorridos tanto na Primeira quanto na Segunda Guerra Mundial foram o estopim desse positivismo exacerbado que reinava soberano, principalmente dentro da Europa Ocidental.

Após o desrespeito aos direitos e o massacre humano observado nas duas últimas guerras, observou-se a necessidade de reaproximação da Ética com o Direito, dentro da construção de uma lei mais justa, que atendesse aos princípios éticos. Neste talante, a volta do jusnaturalismo era iminente, pois com a promulgação de novas constituições eclodindo no mundo todo, traziam no seu escopo a questão dos direitos do homem, principalmente, em 1948, com as Nações Unidas estabelecendo a

Declaração Universal dos Direitos Humanos, que preconizava no seu corpo os princípios e as garantias fundamentais dos cidadãos de todo e qualquer potência mundial.

A Declaração enfatizava princípios, como o da *isonomia*, e direitos, como o da vida e da liberdade, as constituições se tornaram uma carta jurídica e não mais uma carta política. Ato contínuo, a lei teve que atender a maior demanda possível de reivindicações dos cidadãos de uma sociedade, tendo que ser, por força da constituição, também ética e moral. Com isso, os constitucionalistas, observaram um fenômeno enigmático de uma importância salutar para a vida do Estado, enquanto organização política, jurídica e social, a volta do jusnaturalismo ao âmbito do Direito, na busca de uma lei justa, com o intuito de fazer justiça de forma plena.

A corrente jurídico-filosófica denominada “neoconstitucionalismo” introduziu uma corrente secundária no âmbito do Direito, a corrente filosófico-jurídica “juspositivismo”, principalmente no pensamento de juristas como Robert Alexy (nasceu em 1945), grande constitucionalista europeu contemporâneo.

Como grande admirador do Direito, estudante de Filosofia e adepto da Ética, e com a ânsia de descobrir um pouco mais sobre as teorias do jusnaturalismo e positivismo Jurídico, e procurando desvendar, pelos menos, *grosso modo*, o pensamento de alguns dos filósofos que se perderam nessa busca tão enigmática, e sendo, há tempos, já admirador de Rousseau, e tendo descoberto em Locke um grande filósofo político, eu optei pelas obras clássicas dos livros *O Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*, de John Locke, e o *Do Contrato Social*, de Jean-Jacques Rousseau.

Conseqüentemente, ao ler esses dois clássicos, problemas pontuais pularam em minhas retinas, principalmente, aqueles que dizem respeito à fundação de um Estado formado pela agregação de seres humanos, tendo na derradeira busca a segurança do grupo, e buscando uma lei que atendesse aos anseios da maioria, não buscando mais em Deus, o juiz divino, mas vendo-o sob um outro prisma no próprio Estado, aquele que pudesse dirimir as lides, que são inevitáveis, dentro de um ajuntamento de seres humanos.

Oportunamente, dentro do corpo textual daqueles clássicos constata-se antagonismos basilares, como, por exemplo, a diferença entre liberdade natural e liberdade civil. Então, primeiramente, escolhi algumas prerrogativas que, a meu ver, são de extrema importância para o andamento da pesquisa, que será completada com a leitura do jurista Robert Alexy. Neste sentido, escolhi 04 (quatro) temáticas pontuais para essa pesquisa em voga, que são:

1. Antagonismo entre liberdade natural e liberdade civil em Locke e Rousseau;
2. Diferença entre estado civil e estado de natureza, ambas daqueles clássicos;
3. A dicotomia existente entre lei civil ou jurídica e lei da natureza;
4. As diferenças essenciais entre o jusnaturalismo clássico e o positivismo jurídico, na visão, não só de Locke e Rousseau, mas também na visão das correntes jurídico-filosóficas.

Por fim, vale ressaltar que, a busca e a pesquisa foram satisfatórias dentro da temática escolhida, e que o profundo conhecimento adquirido com a leitura e a pesquisa foram em suma essenciais para formação acadêmica deste autor, e que ambas abriram os horizontes a serem perscrutados pelo campo da leitura posterior e na obtenção de conhecimento. Muito ainda a de se percorrer, haja vista que esse autor está começando sua vida de pesquisador, que culminará em um possível Mestrado e Doutorado.

Não só isso, mas, se porventura, ocorreu o evidenciamento de algum vício de escolha, oriundo de uma escolha de pensamento de um filósofo em detrimento do outro, é por conta do sentimento mais propício acerca do que há em um do que em outro, que deve ser por ocasião, da caminhada do neófito pelo conhecimento, que está começando agora, ser relevada pelos doutos professores nos quais lerão esse Relatório Final.

1. Antagonismo entre liberdade natural e liberdade civil em Locke e Rousseau

O tema da liberdade há muito é discutida entre os pensadores, sejam filósofos, juristas ou cientistas políticos. Este tema é fantástico por ter vários tipos de interpretação, no entanto, deixando de lado as várias afirmações feitas, vamos nos ater somente ao pensamento de John Locke, extraído de seu livro *O Segundo Tratado Sobre o Governo Civil* e ao de Jean Jaques Rousseau abstraído de seu grande clássico *Do Contrato Social*. Posteriormente, analisaremos o pensamento de cada um desses grandes pensadores, realizando o contrabalanceamento do pensamento de ambos.

1.1. Liberdade natural e liberdade civil no *Contrato Social de Rousseau*

No livro de Jean Jaques Rousseau, a liberdade é tratada distintamente, pois ele explicitamente aborda dois tipos de liberdade, a liberdade civil e a liberdade natural, que serão inseridas uma dentro do estado jurídico e outra dentro do estado natural. No entanto, a única diferença que analisaremos vai ser dessa dicotomia salutar das liberdades, aquela outra liberdade vai ser esclarecida em momento oportuno deste Relatório.

No começo de seu livro, Rousseau começa com uma afirmação espetacular “*O ser humano nasce livre e em todo parte está a ferros. Aquele que mais se crê senhor de outros não deixa de ser mais escravo do que eles.*” (ROUSSEAU, 2010,p. 24). Por essa afirmação, vemos que a liberdade é intrínseca ao ser humano, ou seja, o ser humano nasceu para ser livre, em todos os aspectos. Rousseau, ao afirmar que o homem por todas as partes estava a ferros, se reporta a Monarquia Francesa, na qual oprimia o povo, mas, não só a francesa, a espanhola, a inglesa, sendo que Rousseau foi um dos percussores que iniciaram a luta pela queda da Monarquia, sendo que morreu antes disso.

Ainda mais, o homem só se prende quando há uma necessidade e, cessada essa necessidade, ele tem a liberdade de escolher o seu próprio destino. Exemplo salutar é a família, sendo que o homem enquanto criança está dependentemente ligado aos pais, ou seja, sua liberdade está ligada a de seu pai, pois enquanto o homem depende daquele, sua liberdade dependerá das escolhas de seus pais, no sentido de, onde morar, o que comer etc. Por isso, Rousseau afirma:

A mais antiga de todas as sociedades, e a única que é natural, é a família. Ainda assim, os filhos só permanecem ligados ao pai enquanto dele necessitam para sua manutenção. Uma vez cessada essa necessidade, o vínculo natural se dissolve. (ROUSSEAU, 2010, p. 24).

A liberdade natural do homem está ligada a sua conservação, pois atingida a idade de se cuidar por si mesmo, não depende mais do seu pai, não deve mais, por conta daquela liberdade, obediência a ninguém, e este, e somente este, é juiz de si mesmo, não tendo outro juízo, a não ser o divino, que é de outro plano, diferente do terreno. Por isso, Rousseau afirma que:

Essa liberdade comum é uma consequência da natureza do ser humano. Sua primeira lei é cuidar de própria conservação, seus primeiros cuidados são os que deve a si mesmo e, uma vez tenha atingido a idade da razão, sendo ele, apenas, o juiz dos meios adequados à sua conservação, se torna, em função disso, seu próprio senhor. (ROUSSEAU, 2010, p. 24).

No trecho acima, o filósofo menciona os primeiros fundamentos da liberdade humana denominada de natural.

Seguindo os preceitos da liberdade natural, no sentido de tornar o homem o único defensor de sua existência, o homem deve se proteger com os recursos que possui, pois acima dele não há mais ninguém que deva respeitar como senhor. Por isso, para o Rousseau, o direito emanado da força não tem credibilidade alguma, pois a força não gera direito em hipótese alguma, como enfatiza:

O mais forte jamais é bastante forte para ser sempre o senhor se não transformar sua força em direito e a sua obediência em dever. [...] A força é um poder físico; não vejo, de modo algum, que moralidade pode resultar de seus efeitos. Ceder à força é um ato de necessidade, não de vontade; é, no máximo, um ato de prudência. Em que sentido poderá ser um dever? (ROUSSEAU, 2010, p. 25).

Importante ressaltar que, a lei como é feita para todos, respondendo ao princípio da Impessoalidade, coloca todos em igual posição, sendo que, com isso, todos têm em igualdade a força, segundo a lei, ou seja, a força jurídica gera direito, por estar amparado pela existência de um “pacto social”. Em contrapartida, a força física é atributo meramente corpóreo, sendo que as pessoas que obedecem, fazem mais por conveniência e forçadas pelo medo, não pelo dever de se respeitar e, como não há direito advindo da força, qualquer um que se torne mais forte do que aquele que oprimia toma o poder, pois é assim que acontecia na Tirania.

Como pode a força tornar o homem superior a outro ou mandatário dos demais? É nesse sentido que a liberdade natural concede ao homem o poder de ser sempre livre, mesmo que sua estrutura humana corporal seja menos avantajada do que a de outros homens, ainda assim, ele tem como trunfo a perspectiva de ser seu único juiz e sempre lutar por sua sobrevivência.

Ficou evidente naquele parágrafo extraído do livro de Rousseau, que a noção de o *poder do mais forte*, para Rousseau não existe, essa noção de dominação por autotutela, que é o *exercício arbitrário das próprias razões*, não gera nenhum direito, não estabelece nenhuma norma, somente se segue uma sucessão repentina de dominação, onde não há a harmonia, nem a paz, muito menos a segurança. Conseqüentemente vê-se que dentro da liberdade natural do homem existem incertezas, pois todos se veem donos, e a questão da propriedade em muitas vezes é ameaçada pela falta de um juiz que possa dirimir as possíveis lides entre os homens, pois todos tutelam em cauda própria.

É bastante salutar, essa temática de poder e conveniência, pois já na Grécia Clássica, já se fala dessa temática com os sofistas e, principalmente, com Platão (427-347 a.C.) no diálogo *A República* em uma discussão entre Sócrates e Trasímaco, onde este último estabelece categoricamente, que “*a justiça é a conveniência do mais forte*”, sendo que, por outro lado, Sócrates rebate essa afirmação dizendo que a justiça, é sim conveniência, mas não do mais forte e sim do mais fraco, como ele afirma:

Portanto, Trasímaco, é desde já evidente que nenhuma arte nem governo proporciona o que é útil a si mesmo, mas, como dissemos a pouco, proporciona e prescreve o que o é ao súdito, pois tem por alvo a conveniência deste, que é o mais fraco, e não a do mais forte. (PLATÃO, *A República*, 346e).

Não obstante, Sócrates/Platão, preconizavam um Estado ideal, não guiado pela Monarquia, mas pelos reis-filósofos, que idealizavam a justiça como fonte precípua do ordenamento social.

Neste talante, ao homem foi dada a prerrogativa da liberdade, e essa é irrenunciável, ou seja, é impossível ao homem renunciar sua liberdade, a não ser que não esteja em seu juízo perfeito, e Rousseau afirma “*Renunciar à sua liberdade é renunciar à sua qualidade de ser humano, aos direitos da humanidade, mesmo aos seus deveres. [...]*”.(ROUESSEAU, 2010,p. 26). A liberdade natural, como foi dito, é algo intrínseco ao ser humano, e muitas vezes essa mesma liberdade pode ser viciada pelo desejo do homem, pelos seus diversos vícios, como ambição, inveja, ódio, ira, ganância, bem como tudo aquilo que pode levá-lo a adentrar na liberdade de outro homem. Enfim, pela exorbitância de sua maldade, o homem pode ir além daquilo que é naturalmente aceitável e extrapolar o exercício pleno de sua liberdade, o que significa que ser livre não significa somente usufruir plenamente de sua existência, mas quando necessário usar de meios para defender sua própria vida.

Ademais, a liberdade natural não é guiada pelo dever oriundo da Lei ou da Ética, portanto se o homem age por conveniência e, sendo que, essa conveniência é resumida no interesse e na força, não na justiça, se faz necessário a criação de parâmetros que forcem o homem a agir pelo dever, não que essa deve venha da Ética, mas que pelo menos, venha pela conformidade ao dever. Nesta esteira, que se fez necessária a criação de um Pacto Social, que desse a todos a igualdade material, que só veio por meio da Lei.

Além do mais, por conta da criação do Estado, por meio do Pacto Social, e a formalização da lei, como mediadora entre os desejos e as ações dos homens, houve uma sucinta mudança no aspecto da liberdade do homem, não que esta tenha sido tirada do homem, mas modificada, para melhor consecução da vida social de um determinado aglomerado de pessoas, ou seja, o Estado. A essa liberdade mediada pela lei e o Estado, é a chamada liberdade civil dada ao homem, com extrema observância aos preceitos jurídicos e sociais.

Nesse sentido, observa-se que o pacto social, necessariamente, teria que ser conveniência, não a do mais forte, mas sim a dos mais fracos, como já nos tinha salientado Platão, há tempos atrás, pois não se podia igualar a sociedade começando pelos mais fortes, mas sim pelos mais fracos, gerando com isso a igualdade ou a isonomia advinda de uma heteronomia. O pacto social em Rousseau consistia na busca pela harmonia que não se achava dentro do estado de natureza, principalmente, por conta da liberdade natural viciada pela conveniência do mais forte, e essa harmonia só vinha de uma forma, a imposição de ordenamentos, sejam eles jurídicos, religiosos e sociais.

No entanto, a lei advinda do contrato social não mudaria de forma substancial a liberdade do homem, pois este continuaria tão livre como antes, só que as vicissitudes oriundas dos vícios e da sagacidade de uma liberdade viciada, estas sim encontrariam na lei actual óbice para crescerem no coração dos homens. Tanto é que, hoje em dia, por conta da mudança pretérita ocorrida com a criação do Estado, se diz que *o homem segue sua consciência, só encontrando restrição naquilo que a lei exacerbar*, noção advinda do Direito Administrativo, por isso Rousseau assevera:

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os seus bens de cada associado e pela qual cada um se unindo obedeça, todavia, apenas, a si mesmo e permaneça tão livre como antes. Eis o problema fundamental para o qual o contrato social oferece a solução. (ROUSSEAU, 2010, p. 29).

A liberdade civil é uma liberdade tão pura quanto à liberdade natural, somente sendo guiada pela lei, pois a lei é o “freio social” de todo homem. O homem é livre para casar, para constituir família, para estabelecer residência conforme o seu querer, para escolher a profissão que deseja seguir, enfim, o homem é livre, ele é fadado a essa liberdade. Ainda mais, a liberdade civil é o pressuposto de validade para a escolha do homem dentro da vida civil, sendo que, toda escolha oriunda dessa liberdade civil é tida como válida, e amparada legalmente pelo ordenamento jurídico. O próprio pacto social ou contrato é feito pela liberdade, ou seja, cada homem dá uma parte de sua liberdade para a criação da vontade geral, em troca recebe a segurança que lhe é devida, por conta dessa doação, assim Rousseau diz:

Se, portanto, exclui-se do pacto social aquilo que não é de sua essência, perceber-se-á que se reduziu aos termos seguintes: *Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo seu poder sob a suprema direção da vontade geral, e nós recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo.* (ROUSSEAU, 2010, p. 29).

Eis aí a busca de um pacto dando ao homem a liberdade civil, então o que vemos de diferente entre as duas formas de liberdade? É que a liberdade natural e civil são pressupostos de todo o ser humano, sendo que, enquanto homem, ele é necessariamente livre, mas, no entanto, a liberdade deve ter uma mediadora, pois todo homem pode ser viciado por alguma paixão, tornando sua liberdade viciada, sendo aquela uma afronta a vida humana na terra, então essa, mediação a vontade do homem é a lei civil.

1.2. Diferença entre liberdade civil e liberdade natural no *Segundo Tratado de John Locke*

O filósofo John Locke viveu antes de Rousseau e foi um dos primeiros contratualistas renomados, sendo ainda hoje uma das figuras mais exaltadas devido as suas contribuições no campo político, filosófico e econômico.

Para o filósofo, a “liberdade natural” era aquela que possibilitava aos homens que “[...] *eles sejam absolutamente livres para decidir suas ações, dispor de seus bens [...] sem pedir a autorização de nenhum outro homem nem depender de sua vontade*”. (LOCKE, 2001, p. 83).

Então, a liberdade natural em Locke é que, todo homem é livre para escolher o que lhe apraz sem pedir autorização a nenhum outro homem, nem tendo sua vontade atrelada a de nenhum outro. Locke enfatiza que estar em um estado de liberdade, não significa que tudo seja permitido fazer, como se eu estivesse em um estado de permissividade como este mesmo diz:

[...] o homem desfruta de uma liberdade total de dispor de si mesmo ou de seus bens, mas não de destruir sua própria pessoa, nem qualquer criatura que se encontre sob sua posse, salvo se assim o exigisse um objetivo mais nobre que sua própria conservação [...] ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens. (LOCKE, 2010, p. 84).

A liberdade natural para Locke encontra óbice em uma lei natural, aí se vê claramente a noção de jusnaturalismo. Essa tal liberdade não dá ao homem o direito de fazer tudo que lhe apraz, mas somente aquilo que é necessário para sua sobrevivência. O mais importante em Locke, é que vemos que dentro mesmo do estado de natureza, onde impera a liberdade natural, há princípios que norteiam essa liberdade natural, para o bem de toda a humanidade. Vejamos o que ele diz sobre o assunto:

Cada um é “obrigado não apenas a conservar sua própria vida” [...] e toda vez que sua conservação não está em jogo, “velar pela conservação do restante da humanidade” [...] salvo para fazer justiça a um delinquente, não destruir ou debilitar a vida de outra pessoa, nem o que tende a preservá-la, nem sua liberdade, nem sua saúde, seu corpo ou seus bens. (LOCKE, 2010,p. 85).

A liberdade natural deixa o homem livre, mas também o faz responsável por todos na humanidade, todos usando de sua liberdade para proteger, pelo menos, *grosso modo*, os outros. Essa conservação conjunta com os outros homens, todos velando por todos, a meu ver, seria uma pulsão extintiva do homem em proteger seus iguais, sendo que aquele que quebrava esse preceito advindo do Direto Natural tinha que ser visto como ameaça. Ademais, o homem como preceitua Locke é fadado ao convívio social, como antes preconizava Aristóteles, “o homem é um animal político”, e para o bem comum e da sociedade, todos os homens tinham que se proteger, sendo que a primeira proteção era a de si mesmo.

Em contrapartida, o homem por sua liberdade natural não pode adentrar a liberdade de outrem, no entanto, sendo que cada homem por conta daquela mesma liberdade, sem nenhum superior, é forçado a se tornar juiz de si mesmo, ainda podendo, com isso, ser o executor da lei da natureza, ou seja, do direito de punir, dado a qualquer homem. Locke diz que para se obter realmente a conservação da humanidade, cabe a cada um a execução da lei da natureza, ou seja, “[...] *que cada um esteja habilitado a punir aqueles que a transgridem (lei da natureza) com penas suficientes para punir as violações.*” (LOCKE, 2010,p. 85). Com isso nota-se que todos detêm o poder de julgar no caso concreto, sem a intervenção de um arbitro ou

mediador, o que poderia significar que o poder judiciário pertenceria a todos, bem como o poder de execução.

Então, o que fica evidente é a noção de igualdade formal entre os indivíduos, mas não uma igualdade material, igualdade esta vista atualmente no cenário coletivo, o filósofo diz sobre o estado de igualdade: “[...]pois esse fato de perfeita igualdade, onde naturalmente não há superioridade ou jurisdição de um sobre o outro, o que um pode fazer para garantir essa lei, todos devem ter o direito de fazê-lo [...]”. (LOCKE, 2010,p. 85). Assim sendo, a igualdade formal advinha da liberdade natural, pois mesmo havendo igualdade de todos serem juízes, a lei ainda não era coativa, a lei da natureza ainda não havia ratificado os parâmetros de atuação de cada indivíduo dentro de uma sociedade estruturada.

Por outro lado, a liberdade material, advinha da força da lei, a lei definiu os parâmetros de igualdade entre os indivíduos de uma mesma sociedade, sendo que nem todos podiam julgar e o julgamento seria feito conforme aquilo que estava codificado, pois a ação que não estivesse mensurada nos códigos de lei, não poderia ser tida como prática ilícita, mesmo que pela lei da natureza o fosse, pois a única lei coativa juridicamente era a lei civil, advinda do pacto social.

A liberdade natural para Locke deveria ser harmoniosa, já com intuito de todos desfrutarem de uma boa convivência. O filósofo considera que a índole humana por serpropensa as paixões momentâneas, e os sentimentos por se tornar em sua grande maioria circunstanciais, eles poderiam ser a causa dos problemas de convivência dos homens no estado de natureza. Por essa razão a liberdade de execução da lei da natureza, em alguns casos, poderia se tornar injusta e desproporcional. Esse aspecto mencionado por Locke pode ser considerado como os possíveis motivos que conduziram a introdução na sociedade de uma jurisdição tal como hoje a conhecemos, inibindo a autotutela, que é *o exercício arbitrário das próprias razões*, o filósofo diz:

[...] não é razoável que os homens sejam juízes em causa própria, pois a autoestima os tornará parcial em relação a si e a seus amigos; e por outro lado, que a sua má natureza, a paixão e a vingança os levem longe demais ao punir os outros. (LOCKE, 2001, p. 88).

Geralmente o homem está propenso a vanglória e ao interesse, o homem tem um desejo intenso de ser amado, de ser aceito no meio social em que convive, fazendo acepções de pessoas. Por conta disso, Locke enfatiza que não seria razoável que o homem fosse juiz em causa própria, pois sempre iria olhar para seu orgulho ferido, para sua autoestima abalada, e com interesse em si mesmo, poderia ir além daquilo que lhe era de direito, não só a si, mas também pendendo para o lado da família e amigos quando fosse julgar as lides de outros homens. Nesse sentido, para procurar acabar com a insegurança jurídica do período anterior a criação do Estado é que o homem procurou, por meio da conveniência, criar o Estado, que pudesse dirimir imparcialmente os confrontos oriundos da liberdade natural.

Em relação ao governo civil Locke diz que ele: “[...]é a solução adequada para as inconveniências do estado de natureza, que podem certamente ser grandes quando os homens podem ser juizes em causa própria”. (LOCKE, 2010, p. 88).

Via-se por conta disso, que os homens mediante a liberdade natural, cometiam ações que muitas das vezes estavam eivadas de vícios, tais como a ganância, a mentira, a usurpação, e que em muitos casos poderiam levar a atrocidades, principalmente na execução da punição, pois, como não havia juiz, e todos eram juizes de si mesmos, muitas das vezes as paixões (sensuais, homo afetivas, etc.) poderiam exacerbar em detrimento da razão, e fazer parcialidade, aonde, muitas das vezes não se chegaria à justiça realmente.

A liberdade natural devia ser, incrementada, devia ser alterada para o aprimoramento das relações interindividuais dos seres humanos, eis aí a criação da liberdade civil, a liberdade embasada na lei. Por isso, a lei ao colocar “freios sociais” nos indivíduos não estava limitando o campo de ação do homem, mas o mediando a chegar à felicidade e a realização de suas empreitadas. Locke diz:

A lei, em sua verdadeira noção, não é tanto a limitação, mas a direção de um agente livre e inteligente em seu próprio interesse, e só prescreve visando o bem comum daqueles que lhe são submetidos. [...] De forma que, mesmo que possa ser errada, a finalidade da lei não é abolir ou conter, mas preservar e ampliar a liberdade. Em todas as situações de seres criados aptos à lei, onde não a lei, não há liberdade, a liberdade consiste em não se estar sujeito à restrição e à violência por parte de outras pessoas. (LOCKE, 2001, p. 115).

Portanto, a lei não é um pressuposto para a escravidão social, muito pelo contrário, é ampliar a possibilidade do homem ser livre sobre o embasamento da legalidade, formulando na razão humana a possibilidade de agir conforme disposições legais, pelo dever que leva a verdadeira razão. Ser livre é agir conforme a lei, pelo dever que tenho com o ordenamento jurídico, social e, não só com esses, mas com os outros seres humanos e com o ecossistema.

Essa passagem, como vista acima, relata que a única forma de me tornar livre realmente é quando estou agindo conforme a lei, não agindo daquela forma que a lei diz para que não haja, pois posso fazer tudo o que a lei não prescreve como prática ilícita. No entanto, só conhecemos a lei por meio da razão, e como o louco, a criança e o selvícola não têm razão suficiente, a lei para estes não existe, sendo que precisam de tutores e curadores para os ajudarem a viver.

Então a liberdade civil é o aprimoramento da liberdade natural, pois aquela em muitas vezes falha por força da ação das paixões humanas, consideradas como paixões circunstanciais. A liberdade civil encontra na lei sua ratificação, pois diferentemente do Estado que só faz o que a lei prediz, nós cidadãos podemos fazer tudo aquilo que não se encontra óbice em lei. Locke então assevera:

Assim, a liberdade de um homem e sua faculdade de agir segundo sua própria vontade estão fundamentadas no fato dele possuir uma razão, capaz de instruí-lo naquela lei pela qual ele vai ser regido, e fazer com que saiba a que distancia ele está da liberdade se sua própria vontade. (LOCKE, 2001, p. 119).

Então vemos que, a forma mais real de o homem conhecer a lei é por meio de sua razão, é esta que propicia ao homem a dimensão de sua liberdade civil, fazendo o contraponto com sua vontade. A razão dá ao homem capacidade jurídica de agir, ou seja, capacidade de fato, para adentrar a vida civil, fazendo escolhas por meio da razão, atendendo aos preceitos basilares da lei civil. Aqueles que ainda não possuem a razão suficiente, apenas possuem *personalidade* que é o atributo primeiro para se chegar a razão, pois como preceitua a lei, todos aqueles que nascem com vida, possuem personalidade.

A liberdade civil é para o homem a possibilidade de realização de tudo aquilo que sua razão, sendo guiada pela lei, pode requerer de si mesmo, seus sonhos, suas

conquistas, a escolha de um matrimônio, todos embasados na legalidade, não ferindo há nem tirando de um outro aquilo que é seu, por exemplo, enquanto solteira uma moça pode escolher com quem quer casar, e enquanto não escolhe e ratifica sua escolha através de um contrato pré-nupcial, ou oficializa o casamento, todos tem a prerrogativa de cortejá-la com o intuito de conquistá-la para si. No entanto, depois de casada, a lei não mais permite a liberdade de qualquer homem cortejá-la, sendo que qualquer homem que cortejá-la, estará ferindo a sua própria liberdade civil, voltando a sua liberdade natural sem freio e propicio a paixão, que vicia aquela liberdade, levando ao estado de natureza e a autotutela.

2. Diferença entre estado civil e estado de natureza em dois pensadores

Ambos os estados, o de natureza e o civil, são prerrogativas que estão intrinsecamente ligadas à criação do próprio Estado e da lei. Os filósofos, Locke e Rousseau, explicitam de forma peculiar esses dois tipos de estados relacionados ao modo de vivência do homem com o outro. Vamos a elas, começando com Rousseau.

2.1. Diferença entre estado de natureza e estado civil em *Rousseau*

Primeiramente, para Rousseau, existem diferenças latentes entre esses dois tipos de estados, o estado de natureza e o estado civil. O homem no estado de natureza está propicio aos males peculiares advindos das paixões, sendo que, o homem em tal estado é guiado pelo instinto, pelas pulsões, onde não há segurança em hipótese alguma, segurança da propriedade, segurança da família, segurança de posse, o que é predominante denominada como autotutela.

Com a passagem do homem para o estado civil, sendo que tal passagem só se dá por meio do pacto social, e não é um episódio natural, nem muito menos excepcional e, sim por meio de convenção, o homem passa a ter posse da razão, pois é freado pela lei. Sobre o assunto Rousseau diz:

Essa passagem do estado de natureza ao estado civil produz no homem uma mudança muito acentuada, substituindo na sua conduta o instinto pela justiça e outorgando às suas ações a moralidade que lhe faltava antes. É agora somente, quando a voz do dever sucede ao impulso físico e o direito ao apetite, que o homem, o qual até então olhara apenas para si mesmo, se vê forçado a agir com base em outros princípios e a consultar sua razão antes de escutar suas inclinações. [...] suas faculdades se exercitam e se desenvolvem, suas ideias se ampliam, seus sentimentos se enobrecem, sua alma inteira se eleva a tal ponto que se os abusos dessa nova condição não o degradassem amiúde a uma condição inferior àquela de onde saiu, deveria bendizer incessantemente o instante ditoso que dela o arrancou para sempre e que, de um animal estúpido e limitado, fez um ser inteligente e um homem. (ROUSSEAU, 2010, p. 31).

O trecho acima menciona uma das maiores explicações da melhoria alcançada pelo homem, após a passagem do estado de natureza ao estado civil. Enquanto a liberdade natural fazia do homem um animal, a liberdade civil faz do homem um ser racional, no sentido de agir com sua razão e mensurar sua liberdade em relação à lei, se destituindo da sua força extintiva movida pela vontade, ativa no homem a sua capacidade de pensar, de indagar, de investigar, de respeitar, acima de tudo, sua capacidade de amar. No estado de natureza, o que predomina são as inclinações motivadas pelos apetites, como uma vontade sexual desenfreada, causa de muitos problemas por comprometer a segurança física, fazendo com que o mais forte fisicamente seja considerado como detentor do poder, embora não seja reconhecido e legitimado pelo grupo, pois sua força de ação reside no medo. O direito não surge do temor, mas dá legitimidade do coletivo que torna todos os homens fortes do ponto de vista racional, por isso a inferência de que a força em hipótese alguma gera direito.

Em tal estado de natureza o homem se encontra no mais profundo instinto animalesco, totalmente desprovido de moral, movido pela ignorância, não tendo afeto pelo próximo. Entretanto, ao passar para o estado civil, há uma acentuada melhora, em contraponto com o seu estado primeiro, adquirindo por meio do dever, a razão necessária para viver em sociedade. Dentro do estado de civilidade, começa-se a se pensar em segurança, em posse de bens, a defesa da propriedade, o Estado, visto como um ajuntamento de pessoas livres começa a ser realmente guiado pelo meio do pacto social.

Não obstante, essa passagem salutar do estado de natureza para o estado civil, é feita por meio de convenções, pois a única sociedade considerada como natural é a família, pois todas as outras são mantidas por meio da convenção, considerada como não-natural ou artificial.

Não resta dúvida, que o estado civil trouxe inúmeras vantagens para o ser humano, principalmente no que diz respeito a sua condição de ser pensante, *homo sapiens*, pois o *homo bios* impregnado no estado de natureza, não tinha ainda noção que poderia mudar o mundo através da cultura, do pensamento, não tinha noção de como defender sua pessoa, e a única forma de pedir ajuda era aos céus, a Deus, as divindades de suas crenças. No entanto, a passagem para o estado civil foi o nascimento da civilização, do pensamento, do Direito, começou haver segurança, começaram a surgir os primeiros códigos de leis positivas, o homem começou a descobrir que é mente pensante e descobriu que pode dominar seus pensamentos e suas inclinações, passou a dominar a si mesmo, a meu ver, essa foi a maior conquista dentro do estado civil, o domínio de si mesmo.

Poder-se-ia acrescentar quanto ao que procede à aquisição do estado civil a liberdade moral, a única que torna o homem verdadeiramente senhor de si mesmo, pois o impulso do apetite, por si só, é escravidão e a obediência à lei que se prescreveu, é a liberdade. (ROUSSEAU, 2010, p. 31).

Então, ser senhor de si mesmo significa dominar os impulsos instintivos da natureza animalisca do homem, e agir conforme a moralidade, conforme a Ética, bem como conhecer os seus limites, dominar as pulsões advindas da liberdade natural, e agir por dever a lei, respeitando o pacto social.

O estado civil propiciou a liberdade moral, a liberdade embasada na lei, sendo que a liberdade viciada do estado de natureza foi deixada para trás. No entanto, isso não significa que não mais iríamos adentrar a esfera da liberdade natural que faz parte do estado de natureza do homem, pois se com a passagem do homem para o estado civil, vivêssemos em um estado ideal, não seria necessário a existência do Direito para regular a vida comum entre os seres humanos, não seria necessário os inúmeros códigos de leis promulgados e outorgados ao longo da história, como por exemplo, os Dez Mandamentos, o Código de Hamurabi, as Leis das 12 Tábuas, o Código Canônico

etc. Enfim a lei não foi instituída para todos, mas para aqueles que pensassem em quebrar o pacto, como hoje ainda quebram.

2.2. Diferença entre estado civil e estado de natureza em *John Locke*

O estado de natureza é aquele que nasce com o homem a partir do seu nascimento, ou seja, antes da instituição do estado civil o homem já nascia necessariamente no estado de natureza, e só tinha como única sociedade existente a família, sendo que o homem só estava ligado àquela enquanto não conseguisse viver por seu próprio esforço. Ademais, o homem depois de atingir a idade onde conseguisse se manter por si só, só se mantinha ligado a família por simples convenção.

Fator importante, e necessariamente comprovado é que o estado de natureza precede ao estado político, jurídico, ou simplesmente civil. Embora, muitas vezes, os homens retroajam ao estado pretérito, quebrando o pacto que estabeleceu. Em sua obra Locke acentua:

Para compreender corretamente o poder político [...] é preciso que examinemos a condição natural dos homens, ou seja, um estado em que eles sejam absolutamente livres para decidir suas ações, dispor de seus bens [...] sem pedir a autorização de nenhum outro homem nem depender de sua vontade. (LOCKE, 2001, p. 83).

Segundo Locke, no estado de natureza não há, em tese, hierarquia, sujeição de um ser humano para o outro, muito menos subordinação, tudo é de todos, não existindo ainda a propriedade, e muito menos posse legal de algo. Em tal estado, a igualdade é formal, ou seja, todos são iguais formalmente, não materialmente, pois, se assim fosse, não haveria guerras, a autotutela jamais existiria em tal estado, conforme Locke explicita:

Um estado, [...] de igualdade, onde a reciprocidade determina todo o poder e toda a competência [...] desfrutam juntos de todas as vantagens comuns da natureza e do uso das mesmas faculdades [...] sem subordinação ou sujeição. (LOCKE, 2001, p. 83).

Oportunamente, vale ressaltar que, diferentemente de Rousseau, Locke vislumbra no estado de natureza uma espécie de ordenamento, não posso dizer que seja jurídico, pois ainda não havia se instituído o estado civil, mas posso dizer que já havia um Direito Natural predominante nesse estado. Nesta esteira, para Locke tal estado não era um estado de caos total, mas de um ordenamento natural, não sendo um estado de total de permissividade, onde tudo se podia, Nota-se com isso que Locke concede alguns parâmetros para este estado de natureza, impondo alguns limites a liberdade existente nesse estado. Por isso, podemos inferir que o estado de natureza tem uma lei regradora, que concede certa ordem, ou seja, não é totalmente um caos desordenado, como alguns pensam.

[...] o homem desfruta de uma liberdade total de dispor de si mesmo ou de seus bens, mas não de destruir sua própria pessoa, nem qualquer criatura que se encontre sob sua posse, salvo se assim o exigisse um objetivo mais nobre que sua própria conservação [...] ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens. (LOCKE, 2001, p. 84).

[...] Cada um é “obrigado não apenas a conservar sua própria vida” [...] e toda vez que sua conservação não está em jogo, “velar pela conservação do restante da humanidade” [...] salvo para fazer justiça a um delinquente, não destruir ou debilitar a vida de outra pessoa, nem o que tende a preservá-la, nem sua liberdade, nem sua saúde, seu corpo ou seus bens.(LOCKE, 2001, p. 85).

Para Locke, dentro do estado de natureza todos possuem o poder executivo, todos estão no direito de punir, e ser ressarcido o quanto achar necessário de um mal sofrido, totalmente diferente de hoje, com a instituição da Jurisdição ou Poder Judiciário, exercido pelo Estado, onde este diz o que deve ser ressarcido ou indenizado, em relação a um lesado.

Por outro lado, a passagem do homem para o estado civil constituía uma necessidade, pois o homem, segundo o entendimento de Locke, não nasceu para viver só, ele está naturalmente inclinado para viver em grupo, origem da sociedade. Por conseguinte, o homem foi levado a se juntar em bandos, e constituir uma sociedade, como Locke assevera:

Tendo Deus feito do homem uma criatura tal que, segundo seu julgamento, não era bom para ele ficar sozinho, submeteu-o a fortes obrigações de necessidade, comodidade e inclinação para levá-lo a viver em sociedade [...] A primeira sociedade existiu entre marido e mulher, e serviu de ponto de partida

para aquela entre pais e filhos; à qual com o tempo, foi acrescentada aquela entre patrão e servidor. (LOCKE, 2001, p. 128).

Neste talante, o estado civil veio para substituir a tutela feita por cada um, impondo uma jurisdição, como Locke explica:

Mas como nenhuma sociedade política pode existir ou subsistir sem ter em si o poder de preservar a propriedade, e, para isso, punir as ofensas de todos os membros daquela sociedade, só existe uma sociedade política onde cada um dos membros renunciou ao seu poder natural e o depositou nas mãos da comunidade em todos os casos que os excluem de apelar por proteção à lei por ela estabelecida; e assim, excluído todo julgamento particular de cada membro particular; a comunidade se torna um árbitro; e compreendendo regras imparciais de homens autorizados pela comunidade para fazê-las cumprir, ela decide todas as diferenças que podem ocorrer entre quaisquer membros daquela sociedade com respeito a qualquer questão de direito e pune aquelas ofensas que qualquer membro tenha cometido contra a sociedade com aquelas penalidades estabelecidas pela lei. (LOCKE, 2001, p. 132-133).

Aqui está em poucas linhas a explicação do pacto ou contrato social em Locke, que é a renúncia de uma parte de nossa liberdade, para buscarmos no estado a segurança da propriedade e do trabalho na vida civil. Então, o estado ou governo civil é uma conveniência dos homens, onde cada homem renuncia a parte de sua liberdade, seu poder executivo, aquele poder advindo da lei da natureza, para dar a esse estado ou governo, com o intuito de ter em troca a segurança para sua vida e, principalmente, para sua segurança em ter propriedade. Somente quando o homem renuncia ao seu poder executivo, e se une por um pacto aos outros homens, instituindo um acordo contrato é que surge formalmente o governo, também denominado poder ousociedade civil.

Os homens passam assim do estado de natureza para aquele da comunidade civil, instituindo um juiz na terra com autoridade para dirimir todas as controvérsias e reparar as injúrias que possam ocorrer a qualquer membro da sociedade civil; este juiz é o legislativo, ou os magistrados por ele nomeados. (LOCKE, 2001, p. 134).

Porque a sociedade civil tem por finalidade evitar e remediar aquelas inconveniências do estado de natureza que se tornam inevitáveis sempre que cada homem julga em causa própria, instituindo uma autoridade conhecida a que todos daquela sociedade podem apelar sobre qualquer injúria recebida ou controvérsia que possa surgir, e que todos da sociedade devem obedecer [...]. (LOCKE, 2001, p. 134-135).

A instituição de um estado civil foi a solução encontrada aos percalços encontrados e vivenciados pelos homens no estado de natureza, a partir de então o homem não seria mais juiz em causa própria, pois o intuito máximo da sociedade civil ou do estado de civilidades são as remediações das inconveniências oriundas do ajuntamento entre os homens. Em tal estado é como se os homens fossem esferas, uma do lado das outras, sendo que a partir do momento em que uma encosta na outra aí sim, começa o trabalho do Direito e da Ética dentro do estado civil.

3. A distinção entre a lei natural e a lei civil

Um dos termos preponderantes nas obras dos contratualistas é a distinção exata entre a lei natural e a lei civil. Não há como não notar que uma se contrapõe a outra dentro da vida em sociedade. Entretanto, esses dois tipos de lei existem para reger a vida do homem na terra, sendo que a lei da natureza ou a lei divina rege, além da vida dos homens, a Natureza em si, pois é uma lei estatuída por Legislador Supremo ou Sumo Bem, que é perfeito em suas ações.

Vamos explorar, dentro dos contextos históricos de Locke e Rousseau, os seus entendimentos sobre esse tema tão atraente dentro da Filosofia do Direito e da Ética, e o que estes autores pensavam sobre a lei natural e a lei civil, um tema discutido desde os tempos áureos da Grécia Clássica e da Roma Antiga.

3.1. A distinção entre lei natural e lei civil em Locke

O homem segundo Locke, em seu livro *Segundo Tratado do Governo Civil* (2010), nasceu com direito à liberdade perfeita, oriunda da Lei Natural, que proporcionaria o direito de todo homem preservar aquilo que lhe pertence, como também o de julgar e punir aqueles que infringem essa lei.

A lei natural, segundo a concepção de Locke, é a lei suprema, é a lei divina, oriunda de um ser supremo, que pode ser positivada ou não. Nesse sentido, a lei

natural em Locke, se sobrepõe a lei civil ou lei política, sendo que essa só poderia atuar na lacuna da lei divina.

No que tange ao conhecimento da existência da lei natural, Locke atribui a razão o seu meio de acesso, de compreensão e explicação. A lei natural para Locke é uma lei que existiria em todos os lugares. Para reforçar seu argumento de que a lei da natureza é um conhecimento, preliminarmente racional, Locke situa a lei da natureza na consciência dos homens, haja vista que se não existisse, os homens não entenderiam e não conheceriam suas más ações e nem teriam parâmetro de julgamento para distinguir as boas das más ações.

Ato contínuo, Locke relaciona a concepção de lei natural a concepção cosmológica, fundada na explicação de São Tomás de Aquino. O pensador inglês, trazendo à baila que o mundo é guiado por leis preestabelecidas, indaga por qual motivo o homem, que é a coroa da criação, o ser mais nobre da natureza, também não poderia ser guiado por tais leis.

De outro giro, a lei natural em Locke tem fortes traços éticos, que fazem transparecer que por conta de tal lei surge a noção de vício e virtude dentro do pensamento humano. A lei natural seria considerada como a balança de uma boa escolha dentro da vida civil.

Dessa forma, a lei natural seria criada por um legislador perfeito, ou seja, Deus, sendo este, o Sumo Bem. Por essa via, tudo aquilo que fosse criado por Deus seria perfeito, inclusive as suas leis, que seriam imutáveis, irrevogáveis, imprescritíveis e com eficácia plena em todos os lugares e tempos da civilização.

Então, fica claro que, para Locke, a lei natural é imutável, posto não ser ela nem promulgada nem estabelecida pelos homens e, conseqüentemente, estar em vigor sempre, diferente da lei civil, que muda conforme os ditames da própria sociedade. Nessa mesma esteira, entendemos a lei natural com o efeito *erga omnes*, imposta a todos, não podendo fugir desta.

Outro fato interessante em Locke é no sentido de explicar se a lei natural é cogente ou se sua percepção é facultativa. Entendemos que a própria concepção de lei, já traz no seu bojo, um entendimento de obrigatoriedade. Não seria diferente com a

lei natural, pois lei pressupõe obedecer a algo, mesmo que sua eficácia não seja cumprida, toda lei gera uma obrigação.

No que tange à obrigatoriedade da lei natural, esta diz respeito a uma “obrigatoriedade consciente”, não forçada, o que significa que o agente deve saber previamente quais as ações que pode ou não fazer. Nesse sentido, só entendemos que uma lei é realmente legitimada, por meio da razão, da consciência, é nesse sentido que quer chegar Locke, tanto é que para ele, a obrigação emanada da lei da natureza é uma obrigação consciente, advinda da razão do homem.

Não esquecendo que a lei natural proporciona ao homem a mais ampla liberdade de dirimir suas controvérsias, de defender sua honra, entendendo que tal lei não pressupõe uma libertinagem desenfreada, lembrando o que já foi posto anteriormente, que a lei natural gera obrigatoriedade consciente, mas, no entanto, se sua eficácia não é sempre plena, nem por isso deixa de ser lei.

Vê-se que por conta da lei da natureza, o homem não está subordinado hierarquicamente a nenhum outro homem, somente a Deus e a lei divina, que é a mais alta patente da lei natural.

Por esse trilha, nota-se que a lei natural proporciona aos homens a igualdade, mesmo que seja formal, pois no estado de natureza não se está livre da autotutela, que é *o exercício arbitrário das próprias razões*, pois como vimos o homem por conta de seus sentimentos nocivos, rapidamente se esquece da lei natural e por conta própria pode tentar adquirir aquilo que considera como seu. De outro modo, tal igualdade proporciona ao homem o desfrute da natureza com os demais homens.

Por outra via, para Locke, todos são os executores do direito da natureza, nesse sentido não há um juiz na terra, somente no céu, não existe um poder executivo e legislativo estabelecido. Na lei da natureza, os homens julgam e executam a lei quando é devido. Por esse âmbito, vislumbra-se um desconforto salutar em relação a lei da natureza, pois alguns homens esquecem em pouco tempo as coisas conscientes, e acabam adentrando a esfera da irracionalidade e da paixão velozmente.

Nesse sentido, dentro do estado de natureza a lei não está codificada e escrita, a lei é consuetudinária, ou seja, costumeira, e está escrita na mente humana, pois

aquele busca na razão conhecer a lei da natureza, sendo transmitida, oralmente, por meio da tradição.

Locke enfatiza que todo homem tem o poder de punir um transgressor da lei da natureza, na medida em que a tranquilidade e a consciência o exigem, sendo que a pena deve ser proporcional a sua transgressão. Ele observa que:

[...] a “conservação da humanidade”, cabe a cada um, nesse estado (estado de natureza onde vigora a lei natural), assegurar a “execução” da lei da natureza, o que implica que cada esteja habilitado a punir aqueles que a transgridem com penas suficientes para punir as violações. (LOCKE, 2001, p. 85).

De outra feita, tal afirmativa do pensador inglês estabelece parâmetros de justiça sem balizas proporcionais, pois o homem pode em alguns casos seguir sua paixão e com isso ultrapassar aquilo que é justo. Ato contínuo, cada homem por força de suas paixões, ao aplicar as punições estabelecidas, pode ultrapassar a punição justa para reparar a violação antes feita.

Só fazendo um paralelo com o atual Ordenamento Jurídico, para se dirimir controvérsias nos dias atuais, há de ter um juiz investido para tanto, que será a figura representativa do Estado-juiz, não visto como um homem, mas como o próprio Estado dirimindo as controvérsias. Nesse talante, as partes conflituosas podem pedir a suspeição do juiz, e o próprio também pode se declarar impedido de atuar em algum processo, devido a conflito de interesse ou foro íntimo.

Após esses argumentos, voltando a Locke vejo que a execução da lei da natureza na mão de qualquer homem pode ser considerada como um passo para a injustiça, devido à interferência dos sentimentos que podem conduzir a ações exacerbadas, contrárias a lei divina.

Nessa esteira, os homens, mesmo antes da criação do estado moderno propriamente dito, começaram a deixar nas mãos dos sacerdotes, escribas, juízes estabelecidos pelas partes o julgamento de suas lides, de suas querelas, criando assim os primeiros tribunais, os primeiros fóruns. Com isso, surgiu gradualmente a jurisprudência, os primeiros códigos de lei, tanto eclesiástica, como a civil, podemos citar, como via exemplificativa, os Dez Mandamentos (Península do Sinai - Israel), o

Código de Hamurabi (Mesopotâmia, 1700 a.C.), a Lei das Doze Tábuas, o tão famoso, *Corpus Juris Civiles* - em Roma, que propiciou a entrada triunfal da lei civil.

Em Locke a lei civil ou lei política nasceu com o escopo principal de preservar a propriedade humana, que já estava tão ameaçada por conta da não observância da lei natural, ou do seu uso indevido. A lei civil, para Locke, originou-se da entrega de uma parte da liberdade que cada homem tinha de dirimir suas querelas, para que o todo, ou seja, a comunidade se tornasse o árbitro.

A lei civil, então, para Locke, é aquela criada pela vontade geral, para que fosse respeitada por todos estes, e que punisse qualquer um que infringisse tal lei estabelecida. Vejo aqui, a meu ver a diferença visceral entre a lei natural e a lei civil, enquanto a primeira é *erga omnes*, independendo da vontade do homem, imutável, estabelecida por Deus ou por leis divinas, a última é somente aplicável a comunidade que as criou, é convencional, é mutável, conforme o querer da maioria da comunidade.

A lei civil propicia uma mudança salutar, enquanto no estado de natureza cada um é detentor da lei da natureza, podendo fazer justiça conforme sua consciência, no estado comunitário a lei civil é da comunidade, e só pode instrumentalizar a lei quem é competente e está investido para tanto.

Para Locke, o órgão ou poder instituído para formular a lei civil é o legislativo, que para ele, era o órgão julgador e instituidor das leis civis. Nota-se que Locke, ainda não vislumbrava a noção de Judiciário, que só foi implantada com Montesquieu, na sua divisão tripartida dos poderes. No entanto, em Locke, no ano de 1680, já se tinha a noção que o poder estatal, devia reger o comportamento civil dos cidadãos, inclusive, as punições destinadas aos infratores da lei civil.

A lei civil é a lei que regula a vida dos cidadãos em um determinado Estado civil, em seus contratos, seus impostos, o quanto de pena um infrator merece receber ao infringir tal lei. Interessante notar que Locke realça que a primeira lei civil, ou política, ou positiva, é o estabelecimento do poder legislativo, esse representa o povo em sua totalidade Locke diz que este é o único poder supremo da comunidade civil. O legislativo é o poder estatal que tem a prerrogativa de sancionar a lei civil, ele é o que

tem competência para tanto, se alguma lei não vir do legislativo, ela é considerada nula sem valor. Locke observa que:

[...] nenhum edito, seja de quem for sua autoria, a forma como tenha sido concebido ou o poder que o subsidie, tem a força e a obrigação de uma lei, a menos que tenha sido sancionada pelo poder legislativo. (LOCKE, 2001, p. 162).

De outro giro, a lei civil, é totalmente diferente da lei natural, haja vista a primeira ser promulgada pelos homens, através do poder legislativo, e a última ser promulgada por Deus. Ademais, a lei natural é imutável e irrevogável, sendo que a lei civil muda conforme os anseios do homem, e só tem eficácia no território em que foi promulgada, não possuindo efeitos *erga omnes* como a lei natural.

Então, vemos que, para a lei civil ter eficácia plena ela deve ser sancionada pelo legislativo. Tal assertiva até os tempos contemporâneos tem força, pois o legislativo é o órgão que tem a competência de promulgar as leis nos dias atuais.

A lei civil é cogente, independe da razão humana e da consciência, deve ser seguida mesmo que o agente não a considere, pois uma lei civil só é sancionada pelo legislativo quando o corpo político assim o deseja. No entanto, só obedece as leis civis quem faz parte daquele corpo político, quem adentra a ele expressa ou tacitamente, quem reside ou possui terras em dado território de Estado qualquer.

O cerne de toda Filosofia do Direito ao longo dos anos é entender as diferenças entre a lei natural e a lei civil, suas prerrogativas e suas diferenças, suas semelhanças, que deságua em um oceano ainda maior, ou seja, na diferença entre Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico.

3.2.A diferença entre lei natural e lei civil em Rousseau

Adentremos ao pensamento de Rousseau, que foi um filósofo que viveu e morreu na iminência da Revolução Francesa, sendo um forte aliado à queda da Monarquia Absolutista.

Na concepção de Rousseau, ao escrever o *Contrato Social*, toda a justiça provém de Deus, sendo Ele a única fonte desta. Assim como Rousseau, Montesquieu também tinha uma ideia bem definida da lei divina ou justiça de Deus¹. Ato contínuo, para Rousseau não há dúvida que há uma justiça universal, sendo esta guiada por leis naturais universais, e a única forma de conhecermos é por meio, exclusivo, da razão.

Rousseau considera que as leis naturais são destituídas de sanção, por isso elas se tornam vãs aos homens, muitas das vezes se tornando desproporcionais. Em contraposição a Locke, o filósofo suíço, não vê obrigatoriedade na lei natural.

De outra feita, a lei natural para Rousseau podia causar algumas controversas, pois como no estado de natureza, onde vigora a lei natural, que não é uma lei codificada, e somente é conhecida pela razão, desse modo, não há contrato, não há propriedade privada, tudo é comum a todos, não havendo comunidade, território definido, nem fronteiras, soberania estatal, nada disso. Por conta de tudo isso, como Rousseau impõe: “[...] *nada devo àqueles a quem nada prometi; apenas reconheço como pertencente a outrem aquilo que é inútil para mim*”. (ROUSSEAU, 2010, p. 43).

No estado de natureza, e conseqüentemente onde se vigora a lei natural, segundo Rousseau, não há direitos preestabelecidos, não se pode falar em direitos difusos e coletivos, não é assim, aonde vigora a lei natural, que é conhecida, somente, pela razão, o direito de cada indivíduo depende exclusivamente da consciência deste. Perfazendo esse trilho, é aí que residia a possível aparição da autotutela, dentro do estado de natureza.

Pois bem, para Rousseau, no estado civil não haveria como subsistir tal situação descrita acima, pois no estado civil todos os direitos são fixados por lei, a saber, a lei civil.

Rousseau, ao tentar mostrar uma concepção racional do termo lei, afirma:

Mas que é afinal uma lei? Enquanto nos contentarmos em atribuir a esta palavra ideias metafísicas, continuaremos a raciocinar sem entendimento e quando dissermos o que é uma lei da natureza, não saberemos melhor o que é uma lei do Estado. (ROUSSEAU, 2010, p. 43).

¹Deus relaciona-se com o universo como criador e conservador; as leis segundo as quais ele o criou são aquelas segundo as quais ele conserva; age segundo essas regras, porque as conhece, e as conhece porque as criou, e porque elas se relacionam com a sua sabedoria e o seu poder.

Por essa via, vemos que Rousseau não estava muito interessado em esclarecer o que seria exatamente lei natural, no entanto, com a essência de um contratualista nato, queria mais que isso, queria perscrutar o cerne da vida civil, ou seja, a própria lei civil.

Não obstante a isso, relacionado a afirmação do filósofo suíço, exposta acima, alguns estudiosos e pesquisadores do ramo jurídico-filosófico afirmam que tais palavras foram destinadas a uma crítica a Montesquieu, que no começo do seu livro *Espírito das Leis* (2012, Volume 1), faz alusões aos vários entendimentos do que seria lei, fazendo diferenciações entre lei natural e lei civil. Outrossim, os dois filósofos foram contemporâneos, sendo que como um forte defensor da República e contra a queda da Monarquia, Rousseau queria incrementar dentro do pensamento social da época, as benesses da lei civil, e não queria mais perscrutar os liames da lei natural.

Em outro trecho do *Contrato Social*, Rousseau expõe uma ideia bem definida do que poderia ser a lei:

Mas quando todo o povo estatui sobre todo o povo, ele considera apenas a si mesmo e se é formada então uma relação, é entre o objeto inteiro sob um certo ponto de vista e o objeto inteiro sob um outro ponto de vista, não incluindo nenhuma divisão do todo. Então, a matéria estatuída é geral como a vontade que estatui. É esse ato que chamo lei. (ROUSSEAU, 2010, p. 43).

De fato, o filósofo assevera que a lei é a representação jurídica e a expressão de sua vontade geral, que incide sobre todos àqueles que fazem parte da comunidade civil, pois a lei é a vontade da maioria, que é promulgada para o bem comum de todo o povo daquele Estado.

Nesse talante, entende-se que, para Rousseau, a lei advém de um corpo político, a saber, o ajuntamento dos cidadãos de um certo país ou Estado soberano. Além disso, consideram-se as ações feitas por este corpo político como ações abstratas. Desta feita, é possível abstrair alguns entendimentos preponderantes sobre o entendimento de Rousseau de lei civil.

Pois bem, como a lei é fruto da vontade geral, esta deverá vigorar, igualmente, sobre todos. Exemplo clássico disto é que: se uma lei estatui privilégios, estes não serão, em hipótese alguma, destinados, exclusivamente a alguém nominalmente, mas

sim constitui dever ser destinado a comunidade em sua totalidade, pois como a lei é a busca do bem comum, não há como haver leis para indivíduos em particular.

Nessa esteira, a lei, segundo Rousseau, poderá discriminar classes sociais, privilégios, direitos, deveres, poderá ainda estabelecer quais são os critérios dos indivíduos que pertencerão àquelas classes sociais, mas não poderá, em hipótese alguma, indicar quem serão os cidadãos que participarão desta.

É importante salientar que Rousseau, a partir do entendimento de que a lei civil é a vontade geral, não abre prerrogativas para que a comunidade indague sobre a injustiça de alguma lei estatuída e promulgada, pois segundo ele “[...] *ninguém é injusto consigo mesmo*”. (ROUSSEAU, 2010, p. 43). Por esta trilha, Rousseau exalta que a lei civil nada mais é do que a vontade geral exacerbada, pois se fosse uma vontade particular, ou seja, de um só homem, isso nada mais seria do que um decreto, ou um ato de magistratura.

Prosseguindo, Rousseau esclarece que, o Estado guiado por leis, é a *República*, que, *grosso modo*, denomina-se “coisa pública”, ou seja, algo que é de todos. Além do mais, o filósofo afirma que o único governo legítimo é o republicano. Portanto, para se viver em um Estado republicano, a lei tem que ser o elo de todo o cidadão individual com o todo, e a ligação é feita por força de lei, a lei seria a condição essencial de associação civil.

Em Rousseau observo o primeiro passo dado para se chegar ao Positivismo Jurídico, que explodiu no século XIX, principalmente após a derrocada da Monarquia absolutista, tanto na Inglaterra, após a Revolução Gloriosa, onde Locke foi um ativista ferrenho, como na França, após a Revolução Francesa, onde Rousseau foi um dos precursores.

Entretanto, o filósofo suíço, após essas conclusões, chega a outro impasse, em relação à vontade geral. Como a vontade geral, se representará diretamente? Muitos impasses e controversas aconteceriam, a vontade geral é formada por vontades de indivíduos, e qual o indivíduo dentro destes, estaria apto a representar a vontade geral? É nesse sentido que surge a figura do legislador dentro do Estado civil republicano.

Portanto, para Rousseau, a única forma da comunidade civil externar sua vontade é por meio da lei, lei essa que não seria mais conhecida somente pela razão

do ser humano, mas sim por conta da sua promulgação em códigos, sendo estes feitos para reger determinadas demandas da sociedade. A lei civil seria a lei destinada a entender os relacionamentos entre os indivíduos de dado Estado, e dentro desse corpo de leis estaria as destinadas a reger a propriedade, a compra e venda, o pátrio poder, as penas para os infringentes, os tipos de crime, os direitos e as garantias do cidadão, enfim, a lei civil passou a reger a vida comum da sociedade.

Por essa via, Rousseau chega a outro entendimento, que diferentemente da lei natural, a lei civil seria cogente, no entanto, não seria universal e, se distanciaria da moral, pois deveria obediência somente a lei, não por um ato de moralidade, mas sim sabendo que, se não fosse submisso a esta, sofreria sanção severa.

Como já exposto, constato que Rousseau não estava mais preocupado com a noção de lei natural, mas sim, queria ter uma exata noção de lei civil que minimizasse os percalços advindos do estado absolutista, onde a única lei a se respeitar era a vontade do monarca soberano, tanto é que Luiz XIV chegou a afirmar “o Estado sou eu”, ou seja, o estado não era formado por uma vontade geral, mas era formado por uma vontade individual, ou seja, a do monarca soberano.

Buscava-se com a lei civil segurança, tanto para a vida individual como para a coletiva, e principalmente, para a garantia do direito de propriedade, culminando de uma vez por todas em “autotutela”, e minimizando a atuação do estado na vida civil, ou seja, na vida particular do cidadão. A lei civil colocou freios sociais nos cidadãos, mas colocou freios, principalmente, na atuação do Estado, pois a lei civil, como vontade geral, veio defender o cidadão frente ao Estado, que por conta da lei seria republicano, evitando com isso a volta da monarquia cega, onde o rei soberano não devia explicações a ninguém, somente a Deus.

Tanto isso é verdade, que os estudiosos da Filosofia do Direito, concebem os Direitos de Primeira Geração como direitos negativos, ou seja, o Estado só atuava minimamente na vida civil, onde se exacerbou por conta disso a Liberdade civil, o chamado Liberalismo clássico, que teve em Locke, seu principal expoente.

3.3. Considerações finais

Ao perscrutar essas duas magníficas obras, de dois dos maiores filósofos do pensamento político, nota-se que ambos estão lutando pelo mesmo objetivo, a queda da Monarquia absolutista. Tanto é verdade que Locke foi um ativista ferrenho na Revolução Gloriosa na Inglaterra, que culminou na derrocada da Monarquia absolutista e na ascensão da Monarquia parlamentarista, ou seja, o rei não era mais a única voz do Estado inglês.

Do mesmo modo, Rousseau, apesar de ser suíço, foi um dos precursores da Revolução Francesa, a mais famosa das revoluções, que culminou na derrocada da Monarquia absolutista na França, sendo o rei Luís XVI guilhotinado pelos revolucionários. O diferencial de Rousseau para os outros contratualistas era que este não queria perscrutar a lei natural, muito pelo contrário, ele estava interessado nos ditames reais de uma lei civil justa, para a formação de um Estado civil considerado justo.

Além disso, muito antes que Montesquieu, Locke já vislumbra poderes estatais, como o legislativo e o executivo, sendo que aquele *a posteriori* apenas estabelece os ditames desses poderes, com uma visão já estruturada por Locke. É evidente que o pensador inglês não vislumbra a noção de poder judiciário como Montesquieu, mas no *Segundo Tratado do Direito Civil* vê-se claramente a noção de punição e execução de penas.

O que podemos comentar é que ambos os pensadores, Locke e Rousseau, trouxeram à baila, em sua contemporaneidade, esclarecimentos de cunho ideológico, de uma inovação específica dentro do pensamento político, jurídico, ético e filosófico, principalmente no que tange a diferença da lei civil e lei natural, que estava meio confusa, principalmente em épocas de revolução.

4.1. As diferenças essenciais entre o Jusnaturalismo clássico e o Positivismo jurídico, no pensamento clássico

Primeiramente, vale salientar que toda a tradição do pensamento jurídico-filosófico ocidental paira sobre a distinção entre o “direito positivo” e o “direito natural”, ou seja, sobre a distinção entre o Positivismo Jurídico e o Jusnaturalismo Clássico.

Igualmente, em relação ao conteúdo conceitual, a distinção já se encontra fundada desde o pensamento grego, com as célebres disputas entre Sócrates e os sofistas. Nesse talante, no que tange ao pensamento grego, a conceituação desta distinção não se coaduna com a noção de Direito em si, mas com a noção de linguagem, ou seja, a distinção no pensamento grego estabelece a distinção daquilo que é por natureza (*physis*) daquilo que é convencionado pelos homens ou pela sociedade, não sendo, com isso, algo predominantemente jurídico em sua fonte, mas estabelece, primariamente, a distinção entre duas formas antagônicas de normas gerais.

Pois bem, por essa mesma via Aristóteles dá a sua colaboração para esta temática tão fascinante, na *Ética a Nicômaco*, livro V, capítulo VII, ao dizer que:

Da justiça civil uma parte é origem natural, outra se funda na própria lei. Natural é aquela justiça que mantém em toda parte o mesmo efeito e não depende do fato de que pareça boa a alguém ou não; fundada na lei é aquela, ao contrário, de que não importa se suas origens são estas ou aquelas, mas sim como é, uma vez sancionada. (ARISTÓTELES, 1973, p. 331).

No trecho acima, observamos que Aristóteles distingue a justiça em duas partes, sendo uma natural e a outra sancionada pelos homens, origem do direito propriamente dito. Para ele, enquanto a justiça natural tem eficácia em toda parte, assim como o fogo que queima em qualquer lugar, a justiça legal tem apenas eficácia nas sociedades políticas individuais em que é instituída. Dessa forma, vemos claramente em nossos dias os princípios instituídos por Aristóteles, pois, por exemplo, as leis brasileiras não têm eficácia fora do território brasileiro, não sendo válidas nos Estados Unidos, e nem as leis americanas possuem eficácia no território brasileiro. Portanto, desde Aristóteles

a justiça legal ou normativa não é universal, como a justiça natural, uma vez que só tem eficácia dentro do território em que foi promulgada.

Por essa mesma via, o Direito Natural prescreve ações, independentemente do juízo de valor do agente, e tais ações independem do fato de parecerem boas a alguns e más a outros, tal parecer não influi em nada para sua eficácia. Entretanto, o Direito Positivo é aquele que estabelece ações, que antes da sua regulamentação, podem ser praticadas ou não, podendo ser cumpridas de um modo ou de outro, mas uma vez reguladas pela lei, subscreve esta que sejam praticadas conforme ela mesma.

Cabe ressaltar, que no pensamento clássico grego, não existe, necessariamente, a distinção entre Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico, pois como já evidenciamos em tal fase histórica a diferenciação é mais em termos de linguagem do que em termos jurídicos em si. Muitos estudiosos inferem que Platão em alguns de seus diálogos, como *A República* e *Timeu*, já estabelecia uma distinção entre dois tipos de justiça, origem de dois tipos de normas instituídas entre os homens.

4.2. As diferenças essenciais entre o Jusnaturalismo Clássico e o Positivismo Jurídico, no pensamento dos jusnaturalistas nos séculos XVII e XVIII

Deixando de lado o pensamento medieval, que não deixa de ser importante, passemos ao ponto essencial deste capítulo, as diferenças oriundas dos pensadores naturalistas. Entre os jusnaturalistas citados por Rousseau destaca-se Hugo Grócio (1583-1645), considerados por muito como o pai do Direito Internacional, inclusive por Norberto Bobbio. Para Grócio, o Jusnaturalismo é a justa razão que mostra se um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário, conforme a própria natureza racional do homem, sendo que todo ato é vetado ou comandado por Deus, enquanto próprio Legislador perfeito e autor da natureza.

De outra feita, o Direito Positivo, segundo Grócio, que conseqüentemente deu vida ao Positivismo Jurídico, é aquele derivado do *poder civil* de cada Estado, que nada mais é que a associação perpétua de homens livres, com o intuito do bem comum. O Direito Positivo, então, seria o próprio Direito Civil, o direito dos cidadãos, posto por

eles mesmos, na forma concentrada, ou seja, o Estado, ou o Soberano como pressupõe Rousseau.

Por outro lado, para a maioria dos doutrinadores da Filosofia do Direito e da Ética, o Positivismo Jurídico nasce no fim do século XVIII, com ascensão fulminante no início do século XIX. Em contrapartida, o Jusnaturalismo é perpétuo, sempre existiu e sempre existirá, por ser faceta da própria essência do Criador. Ambos os direitos se distinguem pelo modo pelo qual advém à nossa consciência, sendo o natural o conjunto de todas as leis, que por meio da razão fizeram-se conhecer tanto pela natureza, ou quando a própria natureza humana requereu como condições e meios de consecução dos seus próprios objetivos. Nessa esteira, exemplo clássico disso é a lei da sobrevivência que não passa de uma lei estritamente natural.

Diferentemente do Direito Natural, o Direito Positivo é o conjunto de leis que se fundamenta na vontade declarada de um legislador, ou do poder legislativo, instituído pelos homens, que após ser declarado formalmente deve ser conhecido pelos demais homens. Evidenciamos que a principal e norteadora diferença entre o Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico diz respeito ao legislador destas, sendo que das primeiras leis é o próprio Deus, e das derradeiras o legislador humano ou o grupo instituído para tanto.

4.3. Diferenças essenciais sobre as duas correntes jurídico-filosóficas

Pois bem, podemos inferir dentro das diferenças essenciais das duas correntes jurídico-filosóficas alguns pontos específicos. Primeiramente, como já foi visto anteriormente, o Direito Natural (Jusnaturalismo Clássico) tem eficácia universal, pois quem o promulgou não foi nenhum homem ou classe de homens, mas sim o próprio Deus, o Legislador perfeito. Ato contínuo, o Direito Positivo (Positivismo Jurídico) tem sua eficácia particular, ou seja, a eficácia de tal direito não é universal, mas somente dentro do território do poder legislativo ou constituinte escolhida por aquele Estado ou Soberano.

Igualmente, no que tange a mutabilidade de ambos os direitos, vemos claramente que o Direito Natural é imutável no tempo e no espaço, sendo com isso

irrevogável, não tendo como haver o querer humano na sua eficácia. Entretanto, o Direito Positivo é mutável conforme a convenção dos homens, uma vez que se ocorrer mudanças na sociedade, muda-se também o Direito Positivo, que tem na lei civil sua mais alta expressão, pois o Direito enquanto matéria humana foi intuído para atender as necessidades da sociedade como um todo, pois não foi a Direito que inventou a sociedade, mas a Sociedade que inventou o Direito com a finalidade de procurar um bem comum.

Além disso, no que se relaciona a fonte, tanto do Jusnaturalismo quanto do Positivismo Jurídico, enquanto o Jusnaturalismo tem sua origem na própria natureza das coisas, na própria Natureza em si, e antes do homem tal direito já existia, o Positivismo fundamenta-se na antítese natural e social, sendo a lei considerada como o poderque emana do povo. No entanto, o Positivismo Jurídico funda-se no poder que emana na aglomeração do corpo político, ou seja, na aglomeração de indivíduos que pactuam para o surgimento da lei que regradá sobre todos, como enfatiza nossa Constituição em seu primeiro artigo, “*o poder emana do povo*”, então, tem-se como fonte do Direito Positivo o “poder popular”.

Não obstante a isso, outro fator diferenciador entre o Jusnaturalismo e o Positivismo Jurídico refere-se a forma de conhecimento destes. O Jusnaturalismo é conhecido através da nossa razão, através da nossa consciência sobre o fato, pois o Jusnaturalismo está ligado ao Ser do próprio homem. Nessa esteira, vemos impregnado nesse critério de conhecimento um forte laço com a concepção racionalista da ética, pois assim como o Jusnaturalismo os deveres morais também podem ser conhecidos racionalmente. Com isso, chegamos a uma conclusão um tanto óbvia, o Jusnaturalismo é a concepção *a priori* das leis universais e morais, em todos os tempos e lugares.

Diferentemente, o Direito Positivo é conhecido por ser uma declaração de vontade do legislador, que sendo alheia constitui a vontade geral de todo o Estado Soberano. Tal declaração de vontade, nada mais é que a promulgação da lei, sendo que a partir deste ato, a lei já passa a estar em vigor no mundo jurídico.

Não há dúvida que ambos os direitos, tanto o Natural quanto o Positivo, regulam o comportamento dos homens, aliás, o próprio Direito é uma matéria que diz respeito a

vida social, ao bem comum, a propriedade, e, nesse sentido, para se chegar a um fim satisfatório, a de se regular o comportamento dos homens em sociedade. Pois bem, os comportamentos regulados pelo Jusnaturalismo são bons ou maus em si mesmos, ou seja, não há interferência humana na qualificação de tais comportamentos. Por outro lado, os comportamentos regulados pelo Direito Positivo são por si mesmos indiferentes e somente assumem um certo grau de qualificação a partir do momento em que forem disciplinados pela lei civil, ou seja, se a lei diz que tal ação é nociva, ao praticar tal ação o agente é considerado como transgressor de tal lei. Exemplo clássico disto é que antes da promulgação da lei civil, tanto a monogamia quanto a poligamia eram teoricamente viáveis devido à ausência de norma restritiva, pois cada homem poderia ter quantas mulheres achasse necessário e viável. Entretanto, com a promulgação da lei, a poligamia se tornou crime, e todos os homens, que a partir do momento da promulgação da lei, quisessem ter mais de uma mulher seria um transgressor da lei.

Em sua essência, o Direito estabelece critérios de valores para as ações dos homens, com a finalidade de distinguir as ações boas das más, as ações necessárias das desnecessárias, as ações úteis das inúteis, ou mesmo as ações indiferentes. Nessa esteira, o Direito Natural, que é o direito que trata a intimidade do homem, sua consciência e razão, é um direito ligado ao próprio Ser do homem. Então, como o Direito Natural é um direito do Ser, tal direito estabelece aquilo que é bom para o homem, que por meio da razão consciente consegue diferenciar o bem do mal, as boas e as más ações.

Por outro lado, o Direito Positivo é aquele que trata do Dever-ser do homem, pois não age mais na razão ou consciência do homem, mas, tão somente em suas ações. O homem não age segundo a bondade do seu ser, mas segundo a utilidade da ação praticada, pois se tenho vontade de matar, não mato por conta do freio social imposto pela lei civil, que é o próprio Direito Positivo. Então, fica evidente que, o Direito Positivo estabelece aquilo que é útil ao homem, e o útil ao homem é agir conforme a lei civil, mesmo que ainda, sua moral esteja totalmente propensa a agir contrariamente a esta.

Conclui-se que o Direito Natural está intimamente ligado ao Ser do homem, enquanto o Direito Positivo, diferentemente, está ligado ao Dever Ser deste.

Outro fato interessante é aquilo que se refere à sua qualidade ou qualificação. Sobre o assunto, Norberto Bobbio acentua:

Essas duas espécies de direito não são consideradas diferentes relativamente à sua qualidade ou qualificação: se uma diferença é indicada entre ambos refere-se apenas ao seu grau (ou gradação) no sentido de que uma espécie de direito é considerada superior à outra, isto é, são postas em planos diferentes. (BOBBIO, 2006, p. 25).

O pensador italiano quer dizer que, diferentemente do que alguns inferem o Direito Natural não é superior ao Direito Positivo, tanto isso é verdade que na época clássica a justiça natural não era considerada superior a justiça legal ou ao Direito propriamente dito, pois o primeiro era tido como o “direito comum” (*kainós nomos*), enquanto que o derradeiro era tido como “direito especial” de dada cidade ou civilização. Por essa esteira, sempre que as prerrogativas desses direitos entrassem em conflito, o direito positivo prevalecia sobre o natural (“*lex specialis derogat generali*”).(BOBBIO, 2006).

Em contrapartida, na Idade Média, tal posição se investe, uma vez que o Jusnaturalismo passa a ser considerado como superior ao Direito Positivo, pois o primeiro não era visto como “direito comum”, mas como lei fincada pelo próprio Criador, por isso o Jusnaturalismo seria a lei escrita por Deus no coração dos homens.

Prosseguindo, com a derrocada do Absolutismo na Idade Moderna houve uma profunda mudança dentro dos ramos do Direito e, conseqüentemente, dentro da Filosofia do Direito, pois até então, tanto o Direito Natural quanto o Direito Positivo eram tidos ou qualificados como direitos na mesma acepção do termo. Pois bem, no fim do século XVIII e início do século XIX, com a ascensão do Positivismo Jurídico, tanto o Jusnaturalismo quanto Direito Positivo foram distinguidos, mudando significativamente a forma como seriam compreendidos a partir de então. Com a mudança, o Direito Positivo passou a ser considerado como direito em sentido próprio. Ato contínuo, todo o direito passa a ser da esfera do Direito Positivo, excluindo-se o Direito Natural da esfera do direito, ou seja, o Direito Positivo é direito, mas o

Jusnaturalismo não é direito. Portanto, com a ascensão do Positivismo Jurídico infere-se que não existe outro direito senão o positivo.

Vale frisar que, o Positivismo Jurídico nada tem a ver com o Positivismo Filosófico, mesmo que alguns positivistas jurídicos também fossem classificados como positivistas em sentido filosófico. A origem do Positivismo Jurídico, mais detalhadamente no início do século XIX ocorreu na Alemanha, enquanto o Positivismo Filosófico surgiu na França, e que teve como seu principal expoente Comte (1798-1857).

4.4. Considerações finais

A distinção entre o Jusnaturalismo e o Direito Positivo ocorreu em todas as civilizações ocidentais, transformando o direito em Positivismo Jurídico. Com a derrocada da Monarquia absolutista em várias soberanias europeias, viu-se que o Jusnaturalismo, como o próprio Rousseau já havia exposto, não tinha poder sancionador. Com isso, procurou-se uma força que atuasse no Estado de forma impositiva, como uma ordem a ser seguida, e essa força foi concedida a lei, não mais a lei natural, mas sim a lei civil, em sua ação normativa.

Os Estados Soberanos que permaneceram com a Monarquia foram forçados a mudar a operacionalização de seu governo, não mais centralizado no poder absoluto de um monarca, mas sim na força de uma Lei Maior. Com essa mudança, todos os governos monárquicos passaram a ser monarquias parlamentaristas, onde o povo, através de seus representantes, escolhe o Primeiro Ministro, que é o Chefe de Governo. A lei passou a ser vista como fruto da vontade soberana do Estado, enquanto um aglomerado de homens livres, e não como a vontade absoluta de um soberano, como na Monarquia absolutista. O Direito como regra passou a ser positivado, compilado em códigos, ou seja, tudo que é lei tem que, necessariamente, ser positivado, para assim poder ser respeitado e seguido como norma regradora da vida em sociedade. A maioria das soberanias adotou a forma de leis escritas e não mais consuetudinárias, para reger a vida em sociedade dentro dos seus territórios.

Com a passagem do teocentrismo para o antropocentrismo, mudou-se a forma como os homens se relacionaram com suas normas, não sendo mais Deus visto como o legislador universal, para atribuindo-se ao próprio homem o poder legislador, conforme a necessidade de cada grupo. Com isso, observam-se em várias partes do mundo a instituição e promulgação de leis, originando com isso constituições, base legal do poder soberano do homem em sua inserção social.

O Positivismo Jurídico passou a imperar na Europa e em suas antigas colônias, que depois se tornaram independentes, sendo o caso do Brasil. O Jusnaturalismo foi considerado como lei independente do Direito, este passou a regular somente a lei positivada, enquanto a lei natural passou a ser esfera de outra ciência, e não mais do Direito. O Direito Natural passou a ser estudado pela Filosofia do Direito, e de interesse dos jusfilósofos e dos doutrinadores do ramo jurídico em si.

5. Visão de Robert Alexy sobre o Jusnaturalismo e o Positivismo

Robert Alexy é um teórico moderno do Direito, classificado como jusfilósofo por procurar embasar os fundamentos do Direito com teorias filosóficas, oriundas da Filosofia do Direito e da Ética propriamente dita. Ele não pode ser considerado como um jurista nos moldes tradicionais, pois sua teoria sobre o Direito apresenta particularidades devido a influência de dois teóricos, Hans Kelsen (1881-1973) e Gustav Radbruck (1878-1949). De Kelsen assimila as concepções relacionadas ao Positivismo Jurídico e do Radbruck as concepções pautadas no Jusnaturalismo.

Além disso, outro jusfilósofo influente dentro da construção doutrinária de Alexy foi Ronald Dworkin (1931-2013), o qual em 14 de fevereiro de 2013 veio a óbito. Pois bem, Dworkin enfatizava que o Direito dentro de uma concepção social e política, deveria atender aos interesses da sociedade, por isso deveria aplicar a justiça da lei em todos os setores da sociedade, principalmente dentro dos tribunais.

No que tange ao tema de nosso trabalho, verifica-se que Robert Alexy trouxe uma nova visão para a doutrina que estuda os Direitos Fundamentais, e não só para

essa, trouxe uma nova sistemática para o Direito Constitucional, a partir da feitura do seu livro *Teoria dos Direitos Fundamentais* (1985).

Ato contínuo, Alexy propõe dentro de uma visão jurídico-filosófica que as Constituições também deveriam trazer inseridas no seu corpo legal seguimentos normativos relacionados à moralidade e à ética de uma sociedade. Por isso, teoriza que as Constituições deviam trazer insculpidas dentro do seu conteúdo normas programáticas de cunho mais do que político, e sim jurídico, com força normativa para reger a vida em sociedade.

Na esteira de Alexy, alguns teóricos jusfilosófos influenciados pelos efeitos da Segunda Guerra Mundial já haviam procurado inserir dentro do campo jurídico teorias filosóficas, sobretudo nas propostas de mudanças observadas nas Constituições de alguns Estados, com ênfase em caráter social democrático. Nesse contexto, as Constituições deviam trazer normas de caráter programáticas, sendo que, não só isso, elas deviam explicitar os Princípios norteadores da sociedade. Esses princípios deviam ser positivados, mas com o máximo de moralidade, para se evitar as barbáries cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, onde a Lei não precisava ser ética e nem moral, bastando atingir seu fim, para se tornar eficaz.

Por essa via, o que ficou marcado como princípio primeiro de toda Constituição foi o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo que a partir deste decorre todos os demais princípios, sendo que a Pessoa Humana deve ser protegida e promovida pelos poderes públicos e pela sociedade. Em nossa época, o Estado deve ser considerado como o grande “Pai” de todos os cidadãos do seu território.

Nesse talante, a Constituição como norma constituída pela vontade geral, ou seja, como aquilo exposto por Rousseau como poder soberano, deve colocar sob sua égide todos os cidadãos de um determinado Estado Soberano.

Dentro desse contexto, é que entra a teoria jurídico-filosófica de Robert Alexy, proposta na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Segundo ele, todos os direitos fundamentais do homem deveriam ser fincados em Princípios normatizados pela Constituição.

5.1. Visão dos Princípios de Robert Alexy dentro da nova temática constitucional

Para Robert Alexy, a concepção de “princípio” está intimamente ligada com a noção dos “direitos fundamentais”, principalmente no que tange aos princípios de “igualdade” e “liberdade” dos homens, dentro de um Estado Democrático de Direito. Outrossim, o jusfilósofo alemão considera que todo princípio é uma norma, mas tal norma relaciona-se com os direitos fundamentais, ou seja, são normas de direitos fundamentais.

Ademais, considera também que os princípios devem ser vistos como mandamentos de otimização. Sobre os princípios, Robert Alexy observa que eles:

[...] são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2012, p. 90).

No que tange as possibilidades jurídicas expostas por Alexy, as leis jurídicas não têm que ser apenas legais e positivadas como antes se estabelecia e se presumia. Pelo contrário, com a ascensão do Neoconstitucionalismo, os Princípios constitucionais que derivam daquele *supra*, ou seja, do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana também deveriam ser enriquecidos também pela moralidade. Por isso, é possível inferir que, se a Constituição é a Lei Maior, e esta possui seus Princípios norteadores, sendo que desta derivam todas as demais leis infraconstitucionais, estas últimas deveriam ser constitucionais, para adentrarem ao Ordenamento Jurídico, ou seja, deveriam ter um grau de moralidade e ética, tanto quanto a Lei Maior.

Então, tendo os princípios como mandamentos de otimização, estes deveriam ocupar um grau privilegiado no que tange as demais normas jurídicas, pois os princípios são os vetores de uma estruturação jurídica moral e ética. Vemos com isso, como forte influência de Dworkin, que com a noção de Princípios dentro da dogmática Constitucional, chega-se a superação do Positivismo Jurídico, pois como é este fundado em regras, o Neoconstitucionalismo é fundado em princípios, pois as primeiras

possuem determinações latentes a serem seguidas, podendo ser satisfeitas ou não. O pensador alemão concebe as regras como:

[...] normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. (ALEXY, 2012, p. 91).

Nesse sentido, com a Teoria dos Direitos Fundamentais, Robert Alexy deu maior ênfase ao Neoconstitucionalismo, sendo que com a superação, não total é claro, do Positivismo Jurídico, a Lei Suprema dentro de um Estado Soberano passou a ter nos Princípios sua convalidação, pois estes trazem no seu bojo, toda uma carga valorativa e moral, que faz do Estado Soberano, um Estado Democrático de Direito, pois dentro deste último o Princípio supera a lei.

Não resta dúvida que o Positivismo Jurídico é um sistema de regras, enquanto que o Neoconstitucionalismo, que traz insculpido no seu bojo as noções oriundas do Jusnaturalismo, é um sistema de princípios. Nessa esteira, assim como as regras, os princípios possuem caráter normativo, no entanto, com um caráter moral relevante. Nesse contexto, Dworkin comenta:

Chamo de princípio a um padrão que deve ser observado não porque ele avançará ou assegurará um estado econômico, político ou social altamente desejável, mas porque ele é uma exigência de justiça ou equidade (fairness) ou de alguma outra dimensão da moralidade. (DWORKIN, 2001, p. 127-128).

Não há dúvida que os princípios são importantíssimos para a concepção de lei justa dentro de um Estado Soberano, aquilo que remonta ao Jusnaturalismo Clássico, que entendia que a lei devia ser justa. Por outro lado, com a ascensão do Positivismo Jurídico, a lei positivada já era o suficiente para se chegar a sua eficiência, não precisando ser justa, moral ou ética, para se chegara eficácia esperada.

Com as barbáries feitas tanto na Primeira quanto na Segunda Guerra Mundial, repensou-se o formato positivista da lei, necessitando com isso de uma nova abordagem sobre o tema, principalmente após a *Declaração Universal dos Direitos*

Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas - ONU, em 10 de dezembro de 1948.

Diferenciando-se dos demais pensadores de sua época, Robert Alexy, com fortíssima influência de Dworkin, filia-se a tese da vinculação para a qual há uma conexão constitutiva entre Direito e Moral, principalmente no que diz respeito aos Princípios norteadores dos Direitos Fundamentais. Por outro lado, querendo desvencilhar o Direito da opressão positivista normativa, não estava interessado, com a aproximação do Direito à Moral ou Ética, em retornar a um Jusnaturalismo dogmático. Pelo contrário, ele queria ultrapassar a validade formal oriunda do Positivismo Jurídico através de um procedimento, que tinha na Moral uma de suas bases.

Não obstante, Alexy está preocupado em encontrar mecanismos racionais de ponderação, repelindo assim teorias decisivas do Direito, ou seja, teorias que viam no Direito um caminho para se chegar punição, sem, contudo, se chegar, a uma ressocialização do criminoso infrator da lei, como também, a discricionariedade postulada pelo Positivismo jurídico. Assim está clara a preocupação metodológica de Alexy ao estabelecer sua teoria, qual seja, a de buscar por uma construção do arcabouço jurídico diferente do estabelecido pelos positivistas, e não a volta a um Jusnaturalismo Clássico, como alguns pensam, que sem sombra de dúvida é impossível dentro dos ditames jurídicos atuais.

5.2. Considerações Finais

Diante do exposto acima, não foi possível adentrar integralmente dentro do pensamento deste grande filósofo e jurista. Entretanto, a vasta colaboração de Robert Alexy ao campo da Filosofia do Direito e ao Direito propriamente dito, me faz querer continuar a investigar mais e procurar perscrutar os recônditos do pensamento desse grande jusfilósofo. Além disso, ao lê-lo, despertou-me grande necessidade de conhecer o pensamento de seu mestre Ronald Dworkin, o qual pela preponderância do assunto me trouxe muito alento e perspectiva de conhecê-lo, e com isso aprofundar meus conhecimentos dentro do campo do Jusnaturalismo, bem como do Positivismo Jurídico.

No que tange a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, pretendo continuar minhas pesquisas, e quem sabe desaguar em um futuro mestrado. Além disso, a doutrina dos princípios insculpida na obra é fascinante, pois a mesma abriu e fixou uma das maiores mudanças no campo jurídico-filosófico, a concepção de Neoconstitucionalismo.

Ademais, essa ruptura com o Positivismo Jurídico, proposta por Alexy, é uma revolução doutrinária, haja vista que a corrente jurídica, após a normatização feita por Hans Kelsen predominou, principalmente na Europa Ocidental. Tanto Alexy como seu mestre Dworkin, ambos procuravam atribuir a lei, e principalmente aos Direitos Fundamentais, algo muito além de uma simples positividade normativa, que desaguava em uma codificação e compêndios de inúmeras leis. Pelo contrário, buscavam atrelar a essa positividade que se faz necessária, a moralidade que faltava, para se tornar justa suas aplicações, tanto dos princípios relacionados aqueles direitos, quanto as leis advindas da Lei Maior, ou seja, da Constituição.

6. Conclusão

A vereda de conhecimento na qual me propus percorrer é longa, ainda mais que após esse período de pesquisa descobri muitas outras veredas a percorrer. Ratifico que a pesquisa carece de maiores aprofundamentos, principalmente no que tange aos esclarecimentos a respeito da corrente jurídico-filosófica Neoconstitucionalismo.

Além disso, com a leitura de Rousseau e Locke, mais precisamente das obras *Do Contrato Social* e do *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*, descobrimos de forma mais coerente a noção de Estado e a formação de uma vontade popular singular, o qual Rousseau dava o nome de Soberano. No que tange as quatro temáticas escolhidas *a priori* foi de muita relevância a aprendizagem, principalmente no que diz respeito às diferenças entre Lei Natural e Lei Civil e Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico.

Através da pesquisa procuramos entender a relação do Direito e da Ética dentro da concepção de Jusnaturalismo. Por outro lado, vimos que foi inevitável não fazer a

contraposição com o Direito Positivo, pois toda tradição jurídico-filosófica reside na distinção entre esses dois tipos de direito. Ademais, vimos que a partir da elevação do Direito Positivo, como único direito, que se deu por meio da ascensão do Positivismo Jurídico, a moral residente na lei se perdeu, bastando ser esta eficaz, para ser normatizada dentro do Mundo Jurídico. Nesse sentido, as doutrinas jurídicas deram ênfase ao afastamento do Direito, em relação a Ética, sendo que a lei de uma forma geral, buscava interpretar os acontecimentos do mundo fático, não levando em conta o querer ou não querer do ser humano, bem como as exceções de antijuridicidade, como por exemplo a legítima defesa.

Ademais, com a leitura dos filósofos contratualistas, viu-se que em ambos a busca por uma forma de governo que elidisse com as desigualdades eram salutar, tanto Locke quanto Rousseau foram contra a Monarquia Absolutista, sendo que Locke foi ativista ferrenho na Revolução Gloriosa, na Inglaterra, e Rousseau foi um dos percussores da Revolução Francesa. No entanto, no que tange ao Jusnaturalismo, Locke e Rousseau divergiam em relação àquele, pois Locke, no Segundo Tratado do Direito Civil, faz uma abordagem bem mais ampla do que Rousseau, no *Contrato Social*.

Na verdade Rousseau estava preocupado com os rumos na qual sua nação de coração, não de nascimento, estava tomando, haja vista este ser suíço e não francês. Rousseau queria debater muito mais sobre a República, na qual lutava para implantar, através da Democracia, do que o Jusnaturalismo tão debatido em sua época, pois muitos diziam ser por conta desse Direito Natural que se fazia necessário a Monarquia.

De outra feita, com a Revolução Francesa, o que se viu foi a implementação da República, como forma de governo democrática, onde o Soberano, não era mais um único homem, mas sim a junção de todos os homens de um determinado território, onde o povo era Soberano e súdito, dependendo da situação concreta.

Com a ascensão da República, viu-se a entrada triunfal do império da lei, onde todos deveriam obediência a ela, pois esta não seria mais do que a vontade do povo, que formalmente detém o poder. Nessa esteira, aconteceu a derrocada do Direito Natural, passando a ser conhecido como único direito, com força jurídica normativa, o

Direito Positivo. Portanto, o Direito Natural, não era mais tido como direito no âmbito jurídico, pois só era direito, aquilo que estava positivado.

Então, reinou a partir do início do Século XIX, a égide do Positivismo Jurídico, que culminou no afastamento da Ética e o Direito, como já expusemos, não precisava a lei ser mais moral ou ética, apenas ser eficiente na sua incumbência precípua, ou seja, o freio social. Não obstante a isso, esse afastamento culminou nas maiores barbáries que o mundo já evidenciou, principalmente aquelas feitas pelos nazistas alemães durante a Segunda Guerra Mundial.

Por essa trilha, fez-se necessária a reaproximação da Ética à lei, ao Direito propriamente dito, onde procurou-se ultrapassar o pensamento positivista, onde culminou na ascendência do Neoconstitucionalismo, que reza que as Constituições passariam a ser cartas jurídicas, e não mais cartas políticas, sendo que estas constituições trariam no seu corpo normas programáticas de cunho ético e moral, tendo nos seus Princípios os vetores basilares de um Estado Democrático de Direito.

Por fim, Robert Alexy, influenciado por Ronald Dworkin, em seu livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*, estabelece a supremacia dos princípios como normas estruturais de um Estado Soberano e Constitucional. Por outro lado, querendo ultrapassar a normatividade positivista, não busca com isso a volta a um Jusnaturalismo dogmático. Nesse contexto, vemos que dentro da concepção jurídica atual, não há mais como o Jusnaturalismo imperar, apesar de se buscar uma lei mais justa, ética e moral.

Concluimos, ressaltando que ainda pudemos constatar a pertinência da teoria dos princípios como mandados de otimização dentro de um Estado Democrático de Direito, no qual os princípios possuem um papel central. Isso porque, busca-se dentro deste contexto uma maior moralidade, dentro do ramo jurídico, tendo na Ética sua aliada a alcançar o maior Princípio de todos, a da Dignidade da Pessoa Humana.

7. Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. Coleção *Os Pensadores*, vol. 4, Abril S/A Cultural e Industrial, 1973.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico*: Lições de filosofia do direito; compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, SP: Ícone, 2006.

DWORKIN, Ronald. *É o direito um sistema de regras?* Estudos Jurídicos, São Leopoldo, RS, v.34, n.92, p. 119-158, set./dez. 2001.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, barão de, 1689-1755. *Do espírito das leis*: volume 1. Tradução Gabriela de Andrada Dias Barbosa; introdução Otto Maria Carpeaux; com anotações de Voltaire, de Crévier, de Mably, de la Harpe etc. – [Ed. especial]. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

PLATÃO. *A República*. Tradução Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução Edson Bini. - São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.