



# PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**Dos fundamentos normativos e da  
historicidade do direito: um estudo  
comparado sobre o tridimensionalismo de  
Miguel Reale e o direito natural de J. P.  
Galvão de Sousa.**

**por**

**Arthur Teixeira Ramos Lopes**

**ORIENTADOR: Marcello Ciotola**

**2023.1**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE  
JANEIRO  
RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900  
RIO DE JANEIRO - BRASIL

**Dos fundamentos normativos e da  
historicidade do direito: um estudo  
comparado sobre o tridimensionalismo de  
Miguel Reale e o direito natural de J. P.  
Galvão de Sousa.**

**por**

**Arthur Teixeira Ramos Lopes**

Monografia apresentada  
ao Departamento de  
Direito da Pontifícia  
Universidade Católica do  
Rio de Janeiro (PUC-Rio)  
para a obtenção do Título  
de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Marcello  
Ciotola

**2023.1**

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus

Aos meus pais por terem sempre me apoiado em todas as minhas decisões

Ao prof. Marcello Ciotola, por ter me apoiado e me dado a liberdade para realizar esse projeto

A meu amigo Gustavo, já filósofo, por ter me fornecido os livros necessários para a realização dessa tese

Aos meus amigos Antônio Mello e Gabriel Patrasso pelo incentivo e as discussões sobre os autores

A meu irmão Victor por toda a ajuda nos momentos mais descontraídos e importantes

## RESUMO

T. R. LOPES, Arthur; *Dos fundamentos normativos e da historicidade do direito: um estudo comparado sobre o tridimensionalismo de Miguel Reale e o direito natural de J. P. Galvão de Sousa*. Rio de Janeiro, 2023; Monografia de final de curso. Departamento de direito da Pontifícia universidade Católica do Rio de Janeiro- PUC-Rio.

O presente trabalho, visa realizar uma análise comparada da teoria tridimensional de Miguel Reale e a teoria de direito natural clássica de José Pedro Galvão de Sousa. No primeiro capítulo, analisa-se a teoria tridimensional de Reale, buscando ressaltar o seu contexto de surgimento, a sua distinção face ao tridimensionalismo abstrato, os seus fundamentos dialéticos, ontognoseológicos e históricos axiológicos e sua relação com o direito natural. No segundo capítulo, será analisada o direito natural na obra de Galvão de Sousa, a sua introdução com a crítica ao positivismo, as bases do direito natural de matriz aristotélico-tomista, a relação com o jusnaturalismo moderno; chegando a aplicação de um direito natural de matriz histórico-positiva face as consequências jurídicas oriundas do estado moderno. Por fim, busca-se mediante o terceiro capítulo realizar uma comparação das teorias, acerca do positivismo jurídico, do debate do direito natural e da necessidade da norma constituir-se como reflexo da realidade histórica; analisando, em conclusão, os pontos de convergência e as divergências essenciais.

Palavras chaves: jusnaturalismo, positivismo, direito natural, teoria tridimensional, José Pedro Galvão de Sousa, Miguel Reale.

## **ABSTRACT**

T. R. LOPES, Arthur; *"On the normative foundations and historicity of law: a comparative study on Miguel Reale's tridimensional theory and J. P. Galvão de Sousa's natural law"*. Rio de Janeiro, 2023; Monografia de final de curso. Departamento de direito da Pontifícia universidade Católica do Rio de Janeiro-PUC-Rio.

This paper aims to conduct a comparative analysis of Miguel Reale's tridimensional theory and José Pedro Galvão de Sousa's classical natural law theory. The first chapter analyzes Reale's tridimensional theory, seeking to highlight its context of emergence, its distinction from abstract tridimensionalism, its dialectical, ontognoseological, and historical-axiological foundations, and its relationship with natural law. In the second chapter, the natural law in Galvão de Sousa's work will be examined, including its introduction with the critique of positivism, the foundations of natural law rooted in Aristotelian-Thomistic thought, and its relationship with modern jusnaturalism. This chapter will also explore the application of a historically-positive natural law in response to the legal consequences arising from the modern state. Finally, the third chapter aims to compare the theories in terms of legal positivism, the debate surrounding natural law, and the necessity for the norm to reflect historical reality. In conclusion, the paper will analyze the points of convergence and essential divergences between the two theories.

Keywords: natural law, positivism, tridimensional theory, José Pedro Galvão de Sousa, Miguel Reale

## SUMÁRIO

<b>Introdução .....</b>	<b>1</b>
<b>Capítulo 1 - Miguel Reale e a teoria tridimensional do direito .....</b>	<b>6</b>
1-Vida e obra de Miguel Reale .....	6
2- A problemática positivista e a solução tridimensional .....	7
2.1- O problema da divisão das ciências e o papel da filosofia .....	7
2.2- As teorias tridimensionais genéricas ou abstratas .....	9
2.3- A necessidade de um tridimensionalismo concreto .....	13
3-A problemática kantiana, a escola cultural e a solução histórica... 14	
3.1- O criticismo kantiano e a limitação dos juízos jurídicos. ....	14
3.2- A abordagem de Reale e a necessidade de uma ontognoseologia. ....	18
4- A ontognoseologia e a dialética tridimensional de Miguel Reale ..	20
4.1- <i>ser e dever ser</i> na experiência histórica do homem .....	20
4.2-A síntese do espírito hegeliano e a dialética na teoria tridimensional.....	25
4.3-A dialética da complementariedade e o direito enquanto <i>realidade da vida</i> . ....	29
5-A dialética tridimensional e a experiência jurídica prática.....	33
5.1- A questão do direito natural e as invariantes axiológicas. ....	33
5.2- A formação da norma jurídica como processo empírico .....	37
<b>Capítulo 2 - O direito natural e a formação do direito positivo no pensamento de José Pedro Galvão de Sousa .....</b>	<b>41</b>
1- José Pedro e a defesa do direito natural.....	41
2-O positivismo e o debate do direito natural .....	41
2.1- O eterno debate do direito natural e o surgimento do positivismo jurídico. ....	41
2.2- Da crítica as teorias positivistas e da necessidade do direito natural.....	43

3-O direito natural em seu fundamento transcendente e aplicação histórica .....	49
3.1- Da lei natural enquanto fundamento do direito .....	49
3.2- o direito positivo enquanto aplicação da <i>lei natural</i> . ....	54
3.3- O direito natural sob a perspectiva do direito histórico. ....	57
4-As novas escolas de direito natural no surgimento do estado moderno.....	60
4.1- Iluminismo, contratualismo e <i>estado de natureza</i> .....	60
4.2- Kant e o direito enquanto conciliação das liberdades .....	62
4.3- As revoluções liberais e idealismo jurídico.....	64
4.4 – O constitucionalismo e o surgimento do estado moderno ....	68
5- A crise de legitimidade e a aplicabilidade histórica do direito natural .....	70
5.1- A crítica ao jusnaturalismo abstracionista .....	70
5.2-A realidade política na formação do direito .....	72
5.3- As consequências do constitucionalismo e a crise de legitimidade.....	75
5.4- Conclusão: a necessidade do direito natural e da sua historicidade de sua aplicação .....	77
<b>Capítulo 3 – positivismo, direito natural e a experiência jurídica concreta</b> .....	82
1-A crítica ao positivismo.....	83
2- O Direito Natural.....	86
3- A crítica ao normativismo abstracionista e a necessidade de uma experiência jurídica concreta .....	90
<b>Conclusão</b> .....	95
<b>BIBLIOGRAFIA:</b> .....	101

## Introdução

Em 1954, o filósofo e historiador Francisco Elias de Tejada<sup>1</sup>, teceu um elogio aos esforços dos professores da Universidade de São Paulo, ao apresentarem por meio da prestigiosa coleção direito e cultura, cujo coordenador era o prof. Miguel Reale, uma série de artigos e estudos com a finalidade do cultivo da filosofia do direito no Brasil.

A época, Miguel Reale já havia sido nomeado professor catedrático da faculdade de filosofia do direito da universidade de São Paulo, em 1941<sup>2</sup>, e já compreendia o direito a partir de uma integração normativa de fatos segundo valores, que havia sido qualificada pelo jurista Josef Kunz como fórmula Realiana. Ainda em 1953, chegaria à conclusão que essa interação tridimensional dos elementos se daria necessariamente sob a forma dialética, noção essa que se daria por completo somente com a sua edição da teoria tridimensional do direito em 1968<sup>3</sup>.

No entanto, dentre os trabalhos analisados, o jurista espanhol dá especial ênfase sobretudo os escritos do professor José Pedro Galvão de Sousa, da universidade católica de São Paulo. Em seu artigo *A formação do direito político brasileiro*, sustenta com surpreendente objetividade a necessidade de restauração de uma noção de direito natural escolástica, como a única base capaz de fornecer critérios objetivos afim de fundamentar a justiça na realidade da vida da social. Enquanto, simultaneamente, demonstrava a possibilidade de aplicação concreta dos valores oriundos do direito natural em um modelo representativo, mediante recapitulação histórica do passado das instituições jurídicas brasileiras e portuguesas<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> TEJADA, Francisco de Elias de; *Filosofia jurídica brasileña*, separata del nº 30, de la revista de estudios americanos, Sevilla, 1954.

<sup>2</sup> DE CICCIO, Cláudio. Miguel Reale. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/128/edicao-1/miguel-reale>

<sup>3</sup> REALE, Miguel, *teoria tridimensional do direito*, 1994, p. 4

<sup>4</sup> TEJADA, ob. Cit. 1954.



Tanto os esforços de Reale quanto os de Galvão, apesar de diferentes abordagens, diziam intrinsecamente a necessidade de superação do positivismo jurídico que dominara o ambiente acadêmico, atingindo o seu esplendor no século XIX, e o seu incontestável declínio com as conclusões oriundas dos julgamentos de Nuremberg. Ao qual os fundamentos do positivismo jurídico, tinham demonstrado incapazes de impedir a atribuição de legalidade às atrocidades oriundas do regime nazista.

Face a necessidade de desprendimento de uma fundamentação do direito na soberania e no constitucionalismo puro, levou ao surgimento de uma gama de juristas, que viam a necessidade de fundamentação da norma em uma série de princípios gerais e personalistas a servir de base ao ordenamento jurídico; mas partindo das premissas estabelecidas pelo positivismo clássico. Trata-se do pensamento de autores como Dworkin, Ross e Alexy, que denominados *latu sensu* como pós-positivistas.

No contexto brasileiro, a influência dos autores pós-positivistas contribuiria para a emergência da corrente contemporânea do neo-constitucionalismo, a qual encontra respaldo tanto na doutrina quanto na jurisprudência preponderante no país. Em suma o neo-constitucionalismo prega a defesa absoluta do estado democrático de direito e da soberania constitucional, a função de resguardar os princípios fundamentais nela protegidos, em um processo de reconhecimento constante de novos direitos<sup>5</sup>.

Por outro lado, é mediante crítica bem fundamentada que o prof. e desembargador Ricardo Dip, argumenta que a definição de certos princípios fundamentais, voltados a ideal normativista, mas em caráter incompleto (conforme a definição de Dworkiana), efetivamente significam a aplicação de normas, gerais incompletas, de conteúdo indeterminado e sem amparo por

---

<sup>5</sup> ver nesse sentido, BARROSO, luís roberto; neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil); Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 204, p. 1- 42, abr.-jun. 2005; p.4 e 5) disponível em: Neoconstitucionalismo - O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil (migalhas.com.br).

elementos fáticos, dirigidas a uma realidade ideal, que subsiste, ao menos, na mente do legislador ou do operador do direito<sup>6</sup>.

Adicionalmente, a necessidade de proteção desses princípios, trouxe novamente a realidade da força normativa da constituição -ideal formulado por Konrad Hesse- na defesa de uma força constitucional autônoma e independente do poder político vigente, face a crítica que faziam a época Jellinek e Lassale. A defesa que Hesse faz da constituição efetivamente leva a conclusão de uma força autônoma que se dissocia da constituição social, sem, no entanto, ressaltar de que modo a força autônoma se direciona ou relaciona-se com a vontade popular, pedra fundamental do regime democrático<sup>7</sup>.

Diante do cenário, convém pensar não somente na perspectiva das soluções pós-positivistas, mas antes das alternativas que se dispunham quando o positivismo ainda vigorava, buscando atender não somente a necessidade de que o direito se fundamente em um ideal de justiça- ainda que divergente- mas também a uma evidente necessidade de segurança<sup>8</sup>.

Face a tal disputa, o presente trabalho não visa a elencar um sistema de princípios fundamentais, ou um rol de elementos vinculantes a todo e qualquer ordenamento jurídico. Mas antes de comparar a teoria de dois autores que, ainda sob diferentes escolas filosóficas, colocaram sobre si o hercúleo trabalho de estabelecer critérios a demonstrar a possibilidade de filosoficamente elencar

---

<sup>6</sup> DIP, Ricardo; *Neoconstitucionalismo, direito natural da pós-modernidade*; AQUINATE, n. 17 (2012), 13-27. Disponível em: [http://www.aquinate.com.br/wp-content/uploads/2016/11/C.Aq\\_17.Art\\_Dip\\_pp\\_13-27..pdf](http://www.aquinate.com.br/wp-content/uploads/2016/11/C.Aq_17.Art_Dip_pp_13-27..pdf)

<sup>7</sup> “Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem” (HESSE, konrad; *a força normativa da constituição*; 1991; p. 19).- Embora Hesse argumente reconheça os problemas que possam advir da modificação constante da constituição ele a coloca como fonte autônoma contraposta a constituição social, mesmo que com uma intenção de síntese.

<sup>8</sup> Conforme colocara Recasens siches: o direito não nasce como culto puro da justiça, mas para saciar uma sede de segurança. (RECASENS SICHES, luis, *annuaire de l’institut de philosophie du droit et de sociologie juridique*, o. c. tomo 3, p. 127.)

elementos fundamentadores do direito e da norma; bem como demonstrar a sua aplicação em sociedades e sistemas legais distintos.

No primeiro capítulo será abordada a teoria tridimensional de Miguel Reale, passando pelo contexto do divórcio das ciências na qual foi desenvolvida, das soluções propostas pela escola culturalista que terminando na conclusão da necessidade do desenvolvimento de um tridimensionalismo concreto. A teoria do autor busca demonstrar que a compreensão do fenômeno jurídico não pode ser latamente atribuída a relação entre a realidade fática, axiológica e normativa, mas antes da necessidade de uma integração dos três mediante uma relação dialética. No entanto, para tal, há que se tratar da discussão gnosiológica de Kant, bem como a tentativa de solução pela escola culturalista, a solução ontognoseológica encontrada pelo autor, bem como a solução através da dialética da complementariedade. Por fim será abordada a relação da dialética tridimensional com o a questão sempre latente do direito natural, bem como a necessidade de uma relação normativa concreta com a realidade social a qual organiza.

No segundo capítulo, aspira-se à análise da teoria de direito natural clássica de José Pedro Galvão de Sousa. Em primeiro momento será demonstrado como a teoria do autor se situa na posição crítica do positivismo jurídico, na medida que na busca pela superação do direito natural acabariam por implicitamente admiti-la. No segundo momento, será demonstrado como a teoria de direito natural de matrizes metafísicas, desenvolvida pelo contexto dos filósofos gregos até a sua organização com a escolástica permite a defesa da aplicação da lei natural em um contexto normativo histórico e real. Por fim, Galvão defende que as críticas do direito natural se deram com a distorção do direito natural pelas jusnaturalismo abstrato, tendo contribuído para a ascensão do positivismo. Razão pela qual defende a necessidade de retorno a uma visão do direito natural de bases realistas, mediante a análise do real surgimento do direito a partir das instituições e organização política que precede à formação do Estado moderno.

No terceiro capítulo serão confrontados os autores com relação a postura crítica em relação ao positivismo, as considerações quanto à posição filosófica do

direito natural, bem como a questão da fundamentação da norma quanto a ideais logico-abstratos, bem como acerca da relação com a realidade concreta a qual a norma se vincula.

Por fim, pretende-se demonstrar que há a possibilidade de fundamentação do direito quanto a elementos de natureza axiológica, a servir de fundamento para o processo normativo; bem como ainda, que a norma reflete necessariamente a realidade histórica a qual se orienta, não podendo ser formulada em abstrato, ou ser deduzida a partir do arbítrio legislativo individual.

# Capítulo 1 - Miguel Reale e a teoria tridimensional do direito

## 1-Vida e obra de Miguel Reale

Miguel Reale (1910- 2006) foi um jurista e filósofo brasileiro, oriundo de São Paulo. amplamente reconhecido pela sua teoria tridimensional do direito, é autor de extensa obra, que varia desde manuais de filosofia, até poesia. Sua trajetória pessoa levou-o a passagem pelo movimento integralista, a fundação do partido social progressista, mas sobretudo a sua trajetória acadêmica, tendo sido professor de filosofia de direito na Universidade de São Paulo e posteriormente reitor em dois períodos distintos. Dentre outras conquistas notáveis também foi membro da academia Brasileira de letras, um dos fundadores do Instituto Brasileiro e da Revista Brasileira de Filosofia e coordenador da reforma do código civil brasileiro de 2002<sup>9</sup>.

Destaca-se, no entanto, pelo seu pensamento filosófico, marcado pela teoria tridimensional do direito, reconhecido internacionalmente por Josef Kunz, Recasens Siches, e Luigi Bagolini. Apesar de ter sido enquadrado como jusnaturalista, culturalista ou até tomista, a teoria tridimensional convém ser entendida como autêntica filosofia do direito, não se limitando a assinalar que a norma é produto de juízos fáticos-axiológicos. Mas antes, de demonstrar que o processo normativo de integração desses elementos se dá de forma dialética, ao ponto que a norma jurídica não pode ser deduzida em abstrato, como uma equação, mas é produto da projeção histórica e concreta das intencionalidades humanas, ao qual incidem simultaneamente, um processo ontognoseológico e simultaneamente histórico-axiológico.

---

<sup>9</sup> DE CICCIO, Cláudio. Miguel Reale. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/128/edicao-1/miguel-reale> e ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS, *biografia*, Miguel Reale, disponível em: [Miguel Reale | Academia Brasileira de Letras](#)

## 2- A problemática positivista e a solução tridimensional

### 2.1- O problema da divisão das ciências e o papel da filosofia

Reale averigua, no contexto do seu tempo, a diminuição do papel da filosofia do direito em relação a ciência do direito, tendo sido reduzida a “*mero adorno da ou complemento humanístico da jurisprudência*”<sup>10</sup>. De modo que o estudo do direito se voltara meramente aos seus aspectos técnicos e formais, facilitando a sua aplicação imediata e limitando a discussão da legitimidade. Trata-se de mudança que pode ser traçada a influência de autores como Comte, Spencer ou Stuart Mill, na ênfase em fixar critérios metodológicos para a ciência do direito, voltados a investigação empírica como meio de garantir o direito maior objetividade e credibilidade, tornando-o verdadeira “ciência jurídica”<sup>11</sup>.

No entanto, reconhece também nesse ínterim o ressurgimento da tese do direito natural, sob influência das teorias neokantianas, mas também pela emergência do movimento neotomista. Essas escolas emergentes reviviam a necessidade de estudo da finalidade, e da sua relação com a moral e da convivência humana segundo uma natureza comum. Ao qual a atitude positivista, com a sua redução a mera investigação dos textos legais, perdia a capacidade de estabelecer relação do direito com a realidade histórica, ou de buscar seu fundamento em valores ideais<sup>12</sup>.

Reale, no entanto, ressalva que esse ressurgimento crítico contra o positivismo, o evolucionismo ou o historicismo empírico, era feito por autores influenciados pelo apriorismo formal de Kant. Resultando, não somente na barreira linguística que era posta em face do jurista médio, como também de forma mais grave, distanciando-se do direito positivo, considerando-o de alcance secundário ou empírico<sup>13</sup>. Resultando, ainda que indiretamente no apartamento

---

<sup>10</sup> REALE, Miguel, teoria tridimensional do direito, 1994, p. 4

<sup>11</sup> ver nesse sentido: REALE, Miguel, filosofia do direito, 2002, p. 14 a 22

<sup>12</sup> idem, ob. cit., 1994, p. 3

<sup>13</sup> Essa crítica, também se encontra no segundo autor a ser analisado, José P. G. de Sousa, que fara a mesma crítica já a teoria de Kant, e da aplicação do direito natural de maneira apriorística, defendendo em contrapartida, o retorno ao direito natural de matriz clássica, de matriz aristotélica e tomista, e de uma aplicação do direito natural levando em consideração a formação histórica de uma sociedade, tendo um caráter necessariamente positivo, sem negar seus fundamentos abstratos.

maior entre a filosofia e a ciência do direito<sup>14</sup>, cabendo a cada uma o estudo de um objeto diferente do fenômeno jurídico.

De tal modo que, a solução de tal dicotomia deveria levar em consideração a aplicação da filosofia, da investigação das fontes do direito na própria realidade, tomando como base a presença de forças intelectuais e morais, bem como da conjuntura histórica e cultural a qual encontram-se inseridas. É nesse contexto de integração da filosofia, com a ciência do direito e a sua aplicação concreta levando em consideração os fatores históricos que o autor fundamenta a necessidade da compreensão tridimensional do direito.

A teoria tridimensional do direito do autor não visa a mera aproximação das ciências da filosofia, sociologia e do direito, mas da compreensão do direito em termos de experiência concreta, da articulação dos diversos elementos na formação da norma positiva. Sem reduzir, no entanto, a um método infalível de formação da norma, que deve levar em consideração a experiência histórico-cultural dos indivíduos, e a possibilidade de abertura a novos valores<sup>15</sup>.

*“Nesse contexto parece-me lícito afirmar que o tridimensionalismo jurídico tem o mérito de evitar a redução da Ciência do Direito a uma vaga Axiologia Jurídica, pelo reconhecimento de que não são menos relevantes os aspectos inerentes ao plano dos fatos ou à ordenação das normas, o que implica, penso eu, uma compreensão dialética e complementar dos três fatores operantes na unidade dinâmica da experiência jurídica.”*<sup>16</sup>.

A teoria tridimensional, portanto, não tem a pretensão de representar um modelo ideal de formação da norma jurídica, mas antes a categorizar o processo de formação da norma, refletindo os seus diversos elementos, sejam eles de natureza axiológica (valores), fática ou dogmática. Mas representa sobretudo uma demonstração da possibilidade de conciliação dos elementos em um processo de

---

<sup>14</sup> “No idealismo subjetivo de Kant, essa identificação entre ser e dever ser não se realiza, nem mesmo a apontada integração que os neo-realistas concebem: as duas ordens de realidade permanecem distintas, a da efetividade fenomenal e a da idealidade, havendo entre elas mera correspondência formal.”- idem, ob. Cit, 2002, p. 126. Para análise mais profunda ver considerações no tópico 3 do presente capítulo.

<sup>15</sup> Idem, ob. Cit., 1994, p. 11

<sup>16</sup> Idem, ob. cit, 1994, prefácio à 2ª edição

formação normativa que se adequa tanto à realidade do direito objetivo -produto mutável das circunstâncias histórico-culturais- como aos aspectos subjetivos, derivados da própria experiência humana e de que modo elas se integram objetivamente no ordenamento positivo<sup>17</sup>.

## 2.2- As teorias tridimensionais genéricas ou abstratas

Reale afirma que a ideia da teoria tridimensional já estava presente na obra de diversos autores, como Lask, Radbruch, que defendiam a tripartição da experiência jurídica nos elementos de fato, valor e norma. No entanto tais concepções, embora se dispusessem a uma análise meticulosa de seus elementos, não buscavam a integração de todos os três elementos como condição essencial da compreensão da realidade jurídica; não explicando, por exemplo de que modo o valor traduz-se no processo de nomogênese da norma positiva. Razão pela qual denomina-as de teorias tridimensionais genéricas ou abstratas<sup>18</sup>.

Emil Lask e Gustav Radbruch, não conformados com a visão jurídica do positivismo, buscaram nas manifestações culturais um fundamento para o processo normativo, inspirados na visão jusnaturalista kantiana, mas com a pretensão de superar o dualismo posto pelo autor austríaco, entre o mundo da natureza e liberdade, da realidade do *ser* e *dever-ser*<sup>19</sup>. a realidade cultural se colocaria como uma terceira realidade, na qual se situaria o fenômeno do direito. De modo que, entre valores ideais e dados da experiência jurídica, o ideal do direito estaria no plano da cultura ou da história, esse meio termo, definido como *“o complexo de bens espirituais e materiais constituído pela espécie humana através dos tempos”*<sup>20</sup>.

Assim, visavam estudar possibilidade de superação da antinomia dos valores a-históricos, defendidos pelo jusnaturalismo transcendentalista, como

---

<sup>17</sup> Ibidem, pgs. 61 e 62.

<sup>18</sup> ver nesse sentido, REALE, *filosofia do direito*, 2002, pgs. 492 a 515.

*“Os conceitos de ser e dever-ser derivam dos conceitos de sein e sollen, formulados por Kant em sua filosofia crítica, na qual Reale, explica: se objeto é tudo que pode ser sujeito de um juízo, podemos distinguir duas ordens de objetos, um que é produto de um juízo de realidade (de ordem racional) e outro que é produto de um juízo de valor”* (REALE, Miguel; *filosofia do direito*, 20a ed; saraiva, 2002; p. 184).



também da afirmação da impossibilidade de compreensão de qualquer significado universal através da compreensão das relações sociais, tal como argumentam os positivistas. Da solução dos autores também se deduzia um método próprio, no qual o fenômeno jurídico, caberia ao estudo de três estudiosos distintos. À filosofia caberia o estudo dos valores (axiologia jurídica), ao sociólogo caberia o estudo dos fatos que levam a formação das normas (elemento do fato) e o terceiro a aplicação do direito em norma, mediante a dogmática e a jurisprudência. A compreensão total do fenômeno jurídico direito se daria como resultante na justaposição ou integração desses estudos.

Similarmente, também no contexto alemão, Hanz Welzel buscava a dissociação do positivismo como também do jusnaturalismo, mediante a elaboração de uma teoria que levava em consideração os aspectos de ordem moral, a ordenação legal e o efetivo comportamento dos consorciados. O direito exerceria influência sobre todos esses três fatores: sobre a consciência moral (valor), sua permanência sob a forma de costume (ordenação legal) e através da força, em relação ao comportamento geral.

Como consequência, o Direito é dotado de um aspecto positivo, não sendo reduzido a mera abstração, como também não se reduz a mera coação, uma vez que é dotado de um postulado axiológico: de proteção do ser humano. também não atribui poder ilimitado ao legislador, na medida que a ação normativa deve ser adequar a estrutura ontológica da ação, que precede a valorização jurídica, e a fundamenta de modo axiológico<sup>21</sup>.

Também na Itália e na França, haveria o surgimento das teorias tridimensionais, no entanto, a divisão tripartite da experiência jurídica se manifestava-se meramente no ponto de vista formal, dividindo o estudo do direito em campos de estudo cada um com afinidade específica a um dos elementos da norma jurídica.

---

<sup>20</sup> Idem, *teoria tridimensional do direito*, 1994, p. 24

<sup>21</sup> ibidem, pgs. 26 e 27

Nesse sentido as considerações feitas por Norberto Bobbio, descrevem a experiência jurídica, através dos prismas do fim, meio e forma, a serem estudados pela filosofia do direito, pela sociologia jurídica e teoria geral do direito, respectivamente. Mas essa delimitação dos campos de estudo, conforme conclui Reale, não revela uma compreensão tridimensional da experiência jurídica, somente sua repartição em três partes; se tratando de mera articulação sistemática, de sentido prático, mas que não reflete a integração desses três fatores na experiência jurídica concreta<sup>22</sup>.

Face a essa separação, Reale destaca a teoria de Luigi Bagnolini, que não aceitaria a divisão artificial imposta sobre o estudo do direito, mas se propunha a analisar a complementaridade e interação de seus elementos. Via-se já aí a tendência a elaboração de uma teoria tridimensional concreta<sup>23</sup>, chegando à conclusão de que a aplicação real da norma implica em uma dogmática jurídica concreta, não meramente da redução da norma a valor e fato, mas de compreensão desse conjunto em função do tempo cultural<sup>24</sup>.

No entanto, a abordagem de divisão tripartite da investigação jurídica, em conformidade as conclusões de Bobbio, ainda se conservaria nos autores franceses, dos autores da *common law*, e ainda no pensamento de Kelsen; conforme a compreensão de J. Kunz do pensamento do mesmo<sup>25</sup>.

Diferentemente dos demais, a teoria de Luís Recaséns Siches, inspirada nos princípios do Raciovitalismo de *Ortega y Gasset*, apresenta uma teoria tridimensional específica, onde os três elementos de valor, norma e fato, estão necessariamente interligados para a formação do fenômeno jurídico<sup>26</sup>. O direito

---

<sup>22</sup>Ibidem, p. 29

<sup>23</sup> “o direito não pode ser visto como puro fato, nem como pura forma, nem como norma entendida em sentido formal, nem como puro valor ideal, nem como puro conteúdo intencional, mas sim como objetivação normativa da justiça” – Idem, ob. cit, 1994, p.14.

<sup>24</sup> ibidem, p. 32

<sup>25</sup> Ibidem, p. 38

<sup>26</sup> Quanto ao Raciovitalismo de Ortega y Gasset, Reale não descreve a fundo a influência do pensamento do autor espanhol, com a menção de alguns dos pensamentos do autor, frases para ilustrar as suas conclusões acerca da teoria tridimensional; tal como a tentativa de conciliar *ser e dever ser*. Por outro lado, Reale aparenta fazer menção ao Raciovitalismo somente como forma de introduzir o pensamento de Recasens e demonstrar a sua importância singular para o

não se reduz a norma ou valor, mas uma obra elaborada pelos homens, com um propósito de realização de determinados valores<sup>27</sup>.

Essa realização dos valores mediante a norma concreta, evidencia também o caráter histórico do direito, sendo um produto da cultura, ou ainda, como experiência que se desenvolve segundo as exigências da “razão vigente” a da “razão histórica”; Não sendo assim meros produtos de uma razão lógico-matemática abstrata, mas ainda no “*logos concreto do razoável*”<sup>28</sup>. Sob esse aspecto, a visão de Recasens é a que mais coaduna com o autor, ressaltando a necessidade de que o direito como produto histórico-cultural, cujas três dimensões devem estar intrinsecamente entrelaçados de modo, indissolúvel e recíproco <sup>29</sup>.

Para Reale, seria errôneo dizer que a teoria tridimensional se resume a simples constatação de que a experiência jurídica estaria marcada pela existência de três elementos: fato, valor e norma, que se relacionam entre si. Mas ela constitui uma teoria somente enquanto puderem ser obtidas consequências sistematizadas daquela constatação, que podem levar a conclusões diversas: desde a solução culturalista, abstrata e genérica de Radbruch; até o “tridimensionalismo específico, concreto e dialético” do autor <sup>30</sup>.

Reale critica, portanto, as teorias tridimensionais que denomina “abstratas”, contrapondo-as à sua própria teoria tridimensional bem como a de Recasens, que denomina “teorias tridimensionais específicas”, na medida que a defesa da repartição do direito em três elementos, sem qualquer delimitação de como eles se integram concretamente, leva a redução desses elementos a meras perspectivas ou pontos de vista. Enquanto sugere que: “*Penso que é só graças à compreensão dialética dos três fatores que se torna possível atingir uma*

---

desenvolvimento de sua teoria tridimensional, o que se coaduna com a dedicatória ao autor mexicano no início de sua obra.

<sup>27</sup>idem, ob. cit, 1994, p. 41

<sup>28</sup> ibidem, p. 42

<sup>29</sup>L. RECASÉNS SICHES, Tratado General de Filosofia dei Derecho, cit., pág. 161, APUD; REALE, Miguel, ob. Cit. 1994, p. 42 e 90

<sup>30</sup> REALE, ob. Cit, 1994, p. 89.

*compreensão concreta da estrutura tridimensional do direito, na sua natural temporalidade*”<sup>31</sup>.

### **2.3- A necessidade de um tridimensionalismo concreto**

As teorias tridimensionais abstratas que abordaram a norma jurídica sobre o seu triplo aspecto fático-normativo-axiológico, o faziam, no entanto, mediante esquematização abstrata, sem a preocupação com a demonstração dessa unidade do valor com a sua aplicação concreta na experiência jurídica<sup>32</sup>. O direito, no entanto, só pode ser um só para todos os que o estudam. De modo que a divisão de seus objetos em partes, afim de serem estudadas separadamente, não pode resultar no esquecimento de que na realidade se estudam partes de um único fenômeno.

Desse modo, não seria suficiente afirmar que a experiência jurídica se revela fática- axiológica-normativamente e que cada um desses elementos era estudado por uma ciência a parte, seria necessário demonstrar que o direito se forma a partir da unidade dos três, como também que ele equivale a um processo concreto de positivação da norma. a divisão do direito em três elementos constitui perspectiva formal, a possibilitar o estudo, mas não significa uma divisão na sua matéria. Assim a norma positiva não pode ser reduzida a mera proposição lógica de natureza ideal, mas como produto de uma realidade cultural, enquanto a norma reflete juízos feitos em face das condutas e circunstâncias humanas.<sup>33</sup>

Além disso, o autor ressalta que a relação tridimensional só seria de fato válida enquanto demonstra a necessidade dos três elementos afim de possibilitar uma compreensão total da experiência jurídica. Caso o contrário a realidade jurídica poderia ser reduzida a aplicação sistemática da lei de acordo com as exigências das instituições sociais, conforme o caráter sociológico do estudo do direito denotaria; ou ainda poderia reduzir-se a somente valor e norma, criando

---

<sup>31</sup> Ibidem, p. 50

<sup>32</sup> Ibidem, p. 54.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 60

uma norma ideal através de uma abstração axiológica sem levar em conta a realidade concreta do direito<sup>34</sup>.

Para compreensão plena do debate axiológico e a perspectiva culturalista, com o desenvolvimento das teorias tridimensionais abstratas, faz-se necessário entender a perspectiva do problema deixado pelo criticismo axiológico kantiano. Do mesmo modo é importante perceber o escopo da solução encontrada por Reale na criação de um modelo dialético, que não meramente busca a redução da experiência humana a experiência histórica - ao afirmar que o direito é composto não somente pelos três elementos - mas pela sua concretização na experiência humana, onde o ser humano concentra em si tanto o *ser* quanto o *dever ser*<sup>35</sup>.

### **3-A problemática kantiana, a escola cultural e a solução histórica.**

#### **3.1- O criticismo kantiano e a limitação dos juízos jurídicos.**

A questão do debate dos valores e de que modo influem na norma jurídica, revelam a impossibilidade de exclusão da filosofia do debate jurídico, mas especificamente, no escopo de estabelecer primeiro a possibilidade do homem conhecer o elemento do valor, e de situar a experiência jurídica na realidade cultural.

A tentativa de caracterizar a filosofia simplesmente como ciência, como método de investigação da realidade, traz algumas consequências problemáticas. na medida que a filosofia não surge propriamente a solucionar um problema na sua resposta última e definitiva, mas antes como resultado do impulso e da perplexidade humana ao ver-se cercado de problemas e pelo mistério em sua

---

<sup>34</sup> Ibidem, p. 56

<sup>35</sup> Reale ressalta que o processo de objetivação do direito em um conjunto normativo, há uma dualidade quanto a relação com o homem. por um lado, o homem cria modelos de ação ou de mediação de condutas, como mediante o direito estatal e seu caráter vinculante. Por outro ele busca usufruir melhor possível das leis a qual aceita como condição *sine qua non* da sociedade. assim todo modelo jurídico apresenta um duplo prisma objetivo e subjetivo. no qual o objetivo diz respeito às leis, e a segurança que vem da sua aplicação e o subjetivo, a relação do homem perante a lei objetiva, buscando salvaguardar o seu próprio ser (a sua capacidade irrenunciável de liberdade e síntese).

relação com o cosmos. Enquanto ao mesmo tempo adquira consciência de sua dignidade pensante.

Assim, a filosofia não deve ser vista como ciência, mas como uma atividade perene do espírito, enquanto paixão pela verdade essencial, ao ponto que não admita menos que a verdade última, mas intrínseca de buscar a verdade completa<sup>36</sup>. A filosofia do direito distingue-se, para Reale, como uma investigação voltada a ordem da realidade jurídica, sob a qual a filosofia busca fundamentos primeiros, a qual a realidade por inteiro consegue ser compreendida por elementos universais; justificando a afirmação de que a filosofia se coloca como a ciência dos primeiros princípios.

A filosofia do direito enquanto reflete sobre um juízo diz respeito a certos elementos de natureza ética, do campo que investiga a valoração das condutas humanas, mas também a própria essência do valor, e em especial, sobre o valor do justo, a qual se dedica a axiologia.<sup>37</sup>

A questão que envolve a influência de Kant, consiste na separação da percepção humana, entre o mundo da liberdade (ou da ética) do mundo da natureza (ou mundo da ciência), conforme seus estudos envolvendo a investigação da realidade e o uso da razão; mediante o desenvolvimento de sua filosofia crítica<sup>38</sup>: “adicionalmente, a transposição da ética, e conseqüentemente, do direito para o plano dos imperativos da vontade pura, significa a impossibilidade de ver a história como outra forma teórica de experiência”<sup>39</sup>.

No entanto, a solução encontrada da cultura como uma realidade intercalada, levaria a um empobrecimento da análise feita pelo positivismo sobre a

---

<sup>36</sup> Idem, ob. Cit. 2002, p. 9

<sup>37</sup> Ibidem, p. 34 e 36- . *a axiologia investiga assim, a essência do objeto valorado, que pode variar da possibilidade de valoração, devido a limitação do conhecimento válido, ou aos problemas de projeção histórica do objeto valorado. No caso do direito à axiologia tem como problema nuclear o valor do justo, e da sua presença na realidade jurídica.* Idem, filosofia do direito, 2002, p. 34 e 36.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 35- Crítica, nesse sentido designa “todo e qualquer sistema que busque preliminarmente discriminar, com todo o rigor, os pressupostos ou condição em geral do conhecer e do agir”.

<sup>39</sup> Ibidem, p. 69.

imagem do real, concentrando-se somente nas suas manifestações concretas, ou "aparências", mas sem a busca pelo valor das mesmas. A solução para Reale surge na necessidade de compreensão ontognoseológica do problema, levando em consideração as circunstâncias pelas quais algo pode ser compreendido (ontologia), bem como as circunstâncias ligadas ao sujeito que conhece (gnoseologia)<sup>40</sup>.

Para um conhecimento mais pleno da ontognoseologia, faz-se necessário o estudo da gnoseologia kantiana, aos problemas que esta visava solucionar, como também às consequências dela derivada. O debate da gnoseologia estaria marcado por duas correntes, a do racionalismo e a do empirismo, desde o questionamento dos sentidos no idealismo cartesiano. Os empiristas podem ser classificados de forma reducionista, que o conhecimento poderia se dar unicamente a conhecer através da experiência concreta, e nesse sentido sensorial<sup>41</sup>. Enquanto o racionalismo, tendia a defesa de certas verdades que poderiam ser entendidas de forma racional, através do intelecto.

Em meio ao debate do empirismo e do racionalismo, Kant busca através do criticismo uma síntese entre as duas correntes. O criticismo kantiano está baseado em uma análise dos pressupostos do conhecimento, dos limites do nosso conhecimento da realidade e do agir quando determinando tais limites<sup>42</sup>.

Em sua *crítica da razão pura* chega na conclusão que os conceitos a priori (isto é que existem antes mesmo da nossa percepção) só poderiam ser afirmados a partir da experiência. Na medida que mesmo os aspectos transcendentais (tais como o espaço e tempo, ou os conceitos matemáticos), que existem logicamente de forma anterior, somente podem ser conhecidos pelo sujeito mediante a sua observação pela mesma experiência<sup>43</sup>. Assim, mesmo o que filosoficamente considerava-se como transcendental, só poderia ser compreendido mediante o

---

<sup>40</sup> Ibidem, p. 29

<sup>41</sup> Ibidem, p. 86

<sup>42</sup> “Kant indaga assim os pressupostos do que podemos conhecer, dos limites do nosso entendimento da realidade- sob a sua crítica da razão pura, enquanto na crítica da razão prática inquiria, que diz respeito às ações humanas, com base no que podemos conhecer enquanto na crítica do juízo, qual o sentido da experiência humana”(REALE, Miguel, ob. cit, 2022, p. 35).

<sup>43</sup> Ibidem, p. 90 e 91

elemento empírico, através das nossas sensações ou os conceitos e categorias criados a priori do entendimento<sup>44</sup>.

No entanto, o ato de conhecer, já pressupõe a relação do objeto com as condições do sujeito cognoscente. Através do próprio intelecto o homem compreende a realidade e realiza juízos analíticos em seu interior, o que levava a conclusão da existência de certas formas de apreensão sensível que já estariam presentes inatamente do espírito humano, de uma forma originária ou sintética no espírito humano<sup>45</sup>. Conclui, portanto, que o conhecimento está sempre subordinado a formas *a priori*, elementos que orientam o entendimento e a sensibilidade, na medida que o elemento de ordem empírica (o ser em si) só pode ser reconhecido por meio dessas formas que já estão no sujeito (daí se originando o termo do formalismo):

*O homem conhece, contribuindo construtivamente para o ato de conhecer, operando a síntese de matéria e forma. Ao lado dos juízos analíticos, que são sempre a priori, e dos "sintéticos a posteriori", que resultam da experiência, colocam-se, como condição das construções científicas, os "juízos sintéticos a priori"*<sup>46</sup>.

Desse modo, o conhecimento decorre justamente união de elementos de ordem empírica e intuitiva com as operações de ordem intelectual, sendo impossível a redução de um deles ao outro. Ao mesmo tempo trata-se uma crítica clara ao empirismo, de que na observação de um ato já está subordinado a

---

<sup>44</sup> "O transcendental de Kant não é uma abstração perdida na estratosfera, mas é- ao contrário- o pressuposto daquilo que depois se deverá comprovar de maneira experimental. a condição transcendental de Kant é um pressuposto de algo a ser verificado no plano da realidade, da experiência." (REALE, direito positivo/ direito natural, 1992, p. 62). Tal passagem permite-nos compreender a defesa que o autor faz a teoria kantiana e teoria de Kelsen, face a críticas que considera injustas.

<sup>45</sup> "Básica na doutrina kantista é, como vimos, a afirmação de que só conhecemos na medida de nossa capacidade apreensora, pois preexistem no espírito humano, de maneira geral, certas condições que não provêm do "objeto", mas que se impõem a algo, tomando-o "objeto". O tempo e o espaço, já o dissemos, são formas que preexistem no espírito, antes de se situarem as "coisas" no espaço e no tempo, sendo, pois, formas a priori de nossa sensibilidade. Tudo aquilo que se amolda ao nosso espírito toma-se objeto de experiência e, por conseguinte, fenômeno. Kant chama de fenômeno aquilo que é objeto de experiência possível, ou seja, o que aparece e pode ser apreendido por nossa sensibilidade, cujas intuições o intelecto ordena segundo suas "categorias". A palavra fenômeno (phai + noumenon) traduz aquilo que é apresentado ou se oferece. O que não chega a se oferecer ao espírito, nem se subordina ao trabalho inclusivo da sensibilidade e do intelecto, é incognoscível: é a coisa em si ou o noumenon, limite negativo ou preclusivo da cognição." (Idem, ob. Cit, 2002, pg. 120.)

<sup>46</sup> Ibidem, p. 100



compreensão pelo sujeito cognoscente<sup>47</sup>. E também não era mera concordância com a perspectiva analítica, já que a compreensão não era do objeto em si, mas através da forma do conhecimento a priori, já contida no ser.

Kant defende, portanto que não existem ideias inatas, na medida que o inatismo é contrário a própria característica de conhecimento ao passar pelas formas ou categorias internas do ser. De modo que no caso dos elementos a-priori da experiência, diferentemente de Deus, não podemos conhecer as coisas em sua essência, mas somente o modo pela qual elas se apresentam à nossa razão.<sup>48</sup>

No entanto, para além dos juízos sintéticos e analíticos, dos juízos a priori e os essencialmente formais, Kant estabelece ainda a possibilidade de juízos sintéticos a priori. Seria mediante esse último tipo que o homem consegue alcançar o conhecimento a priori, e enunciar algo que é dotado de uma validade necessária. Juízos esses que consistem nos juízos científicos, capazes de mediante uma ação de síntese, ordenar os elementos da realidade, segundo formas da sensibilidade e categorias ou conceitos funcionais do entendimento, em uma unidade lógica<sup>49</sup>.

### **3.2- A abordagem de Reale e a necessidade de uma ontognoseologia.**

As conclusões de Kant acerca do próprio ato cognoscente, mediado pelas próprias formas intrínsecas do sujeito, levam em consideração um conceito de ente humano puro, idêntico e imutável, essencialmente uma abstração a-histórica de ser humano como ponto de partida:

*“Kant esquematizou o sujeito cognoscente, cerrando-o nas formas puras da sensibilidade e nos conceitos rígidos do entendimento, não atendendo à condicionalidade social e histórica de todo conhecimento, isto é, à ineliminável natureza histórica do ser do homem”<sup>50</sup>.*

---

<sup>47</sup> Ibidem, p. 103

<sup>48</sup> Ibidem, pgs. 102 a 106.

<sup>49</sup> Ibidem, p. 105.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 108.

Consequentemente, a adoção da gnoseologia kantiana, levaria a instauração de uma dicotomia na realidade prática das ciências, e em especial no direito. Na medida que a sua teoria gnosiológica estabelece uma série de esquemas e categorias rígidas que condicionam as possibilidades de conhecimento, enquanto a realidade da ética fica marcada pela liberdade individual, impossível de ser condicionada a experiência (*willkur*)<sup>51</sup>.

O criticismo kantiano, estabelece que tudo que advém de atos voluntários, pertence ao mundo das causas naturais e da experiência ética, enquanto a realidade da norma, fica restrita ao formalismo da experiência racional. Ocorre, portanto, um vácuo, devido à ausência do ponto de contato da experiência jurídico legal, com a realidade da vida social que disciplina.

As conclusões de Kant, produtos da tentativa de conciliar a realidade empírica e a experiência da razão, levariam a uma redução do ser humano a formas estáticas de compreensão, na limitação posta pelos conceitos e formas *a priori* do conhecimento. Inspirando Hegel futuramente a colocar a desenvolver a sua síntese do espírito, partindo da ideia fundamental de síntese *a priori*, mas estendendo-a a totalidade da realidade, em um processo de fusão entre o real e o racional<sup>52</sup>.

*“A historicidade circunstancial do sujeito cognoscente, sem sacrificar sua contribuição própria no ato de conhecer, implica a sua relação com o mundo circundante, em que ele necessariamente se insere [...] Se não podemos conhecer algo com abstração do espaço e do tempo, também não podemos conceber o sujeito cognoscente abstraído de suas circunstâncias histórico-sociais”<sup>53</sup>*

Paralelamente, é sobretudo a partir da perspectiva da vida humana e das suas manifestações culturais que se percebe que o núcleo dos valores, captados pelas formas subjetivas, não pode ser compreendido *in abstracto*, mas antes a partir das circunstâncias históricas na qual se insere o homem, fonte de quem advém todos os juízos éticos/jurídicos. Conclui, portanto, o autor:

---

<sup>51</sup> Ver nesse sentido, REALE, Miguel, *o direito como experiência*, 1992, p. 16.

<sup>52</sup> *idem*, ob. cit, 2002, pgs. 108 e 109.

<sup>53</sup> *Idem*, pb. Cit, 2002, p. 108.

*“Nesse sentido, julgamos necessário superar a posição de Kant, para situarmos o problema e função concomitante do sujeito e do objeto, naquilo que denominamos “criticismo ontognoseológico”<sup>54</sup>.*

## **4- A ontognoseologia e a dialética tridimensional de Miguel Reale**

### **4.1- ser e dever ser na experiencia histórica do homem**

É dessa compreensão do direito como abstrata e estática que Reale observa a necessidade de estudo da ética e axiologia, visando a superação desse formalismo que separa o sujeito do objeto, que os culturalistas introduzem um elemento intermediário, o elemento da cultura. Assim, já no processo de conhecimento, haveria a valorização do objeto conhecido de acordo com uma estrutura dos valores que decorre do processo cultural. O valor se torna elemento de mediação entre o sujeito e o objeto no plano da perspectiva histórica<sup>55</sup>.

Quanto à escola do ontologismo-axiológico, trata-se de termo atribuído às teorias de Max Scheler e Nicolai Hartmann, no qual os valores não se configuram como produto das aspirações individuais, do fato social e das inclinações psicológicas, mas como objetos ideais<sup>56</sup> por definição, que poderiam ser somente descobertos pelo ser humano mediante o processo histórico.

Na obra de Scheler essa teoria se desenvolveria em uma ética material de valores, como uma crítica ao formalismo da ética kantiana. Enquanto em Hartmann a separação do mundo histórico da realidade dos valores, afasta-se de tal modo, de modo que este se torna uma realidade a parte, na incomunicabilidade

---

<sup>54</sup> Idem, ob. Cit, 1994, p. 110.

<sup>55</sup> Idem, ob. cit., 1994, p. 73 .

<sup>56</sup> *Os objetos ideais são concebidos por alguns pensadores e matemáticos contemporâneos como verdadeiras entidades absolutas, isto é, como entidades ontológicas. Discordamos desse modo de ver, contestando que tais objetos possam existir em si e de per si, como algo que existiria mesmo que não fosse ou não tivesse sido pensado, ou independente do pensamento que o pensa [...] A concepção idealística e ontológica dos objetos ideais, que é própria de certa fase do pensamento de Bertrand Russell e de axiologistas como N. Hartmann, não nos parece plausível. Tais objetos são chamados ideais enquanto devem ser considerados distintos do pensamento como processo empírico determinado, mas não são existentes em si, independentemente do ato de pensar em sua universalidade. Embora não existindo senão no espírito humano, as objetividades ideais possuem, no entanto, uma consistência posta acima do espaço e do tempo, não dependente de apreciações subjetivas particulares.* (Idem, ob, cit. 2002, p. 180).

dos valores, que representam um mundo subsistente, fechado em si mesmo, representando verdadeiro ontologismo axiológico<sup>57</sup>.

Reale admite a prévia influência da ética de Scheler em sua obra, o que levaria previamente ao definir o direito como “*um fato social na forma que lhe dá uma norma racionalmente promulgada por uma autoridade competente, seguindo uma ordem de valores*”<sup>58</sup>. Mas percebera posteriormente que a aplicação dos valores, nesse caso reduz-lhes a tipos de objetos ideais. No contexto da norma jurídica, o fato é considerado mera suporte da norma jurídica enquanto o valor, elemento que lhes serve de qualificação, mas não há interação entre os três elementos em um único processo<sup>59</sup>.

O valor sendo visto como um tipo ideal, não sendo observável em si na experiência prática do ser, ele se torna mero elemento formal da composição do direito. Tal perspectiva se concretiza no pensamento kelseniano, na qual a norma jurídica representa a passagem do *sein* ao *sollen*, da realidade humana conforme disposta naturalmente, para a norma racional estipulada para organizar e direcionar as condutas humanas<sup>60</sup>.

No entanto, como ressalta o autor, a adoção desse método converte a norma em produto da compreensão do jurista, reduzindo a lei um produto lógico e não realmente decorrente de influxo fáticos e valorativos<sup>61</sup>. Em paralelo, o elemento da cultura, na prática, convertido em um tipo ideal, torna-se mero elemento formal na composição da norma, a ser estipulada segundo condições lógicas pré-estabelecidas pelos juristas ou os legisladores.

Reale argumenta, portanto, que os valores não possuem uma existência em si, na medida que não constituem uma realidade ideal, mas algo que o homem

---

<sup>57</sup> Idem, *filosofia do direito*, 2002, p. 198 e 199

<sup>58</sup> Idem, *teoria tridimensional do direito*, 1994, p. 58

<sup>59</sup> Idem, op. cit, 1994, p. 59

<sup>60</sup> Kelsen aplica os conceitos de *ser* e *dever-ser* ao processo normativo, no qual o primeiro indica o objeto (ao qual incide o direito), objeto de estudo das ciências sociais, enquanto regido pelo princípio da causalidade; enquanto o *dever-ser* designa o objeto regido por uma lei produto da vontade enquanto reconhecido racionalmente pelo jurista, atribuindo-lhe validade formal. – ver idem, Ob. Cit, 2002, p. 443 e 444.

<sup>61</sup> ibidem, p. 96

contempla em sua própria existência. Mas é através da experiência histórica que o valor adquire objetividade, na medida que pode ser melhor definido- tal como o ideal de bom, belo e útil-. Mas essa objetividade é sempre relativa, na medida que só podem ser referidos em relação ao seu sujeito, e nos casos dos valores, sempre toma como referência a experiência humana como sujeito<sup>62</sup>.

É mediante essa ligação do valor com o ser humano enquanto compreensão necessária para uma verdadeira axiologia é que Reale estabelece que o homem é o seu valor fundamental, que vale por si mesmo e o ato de valorar identifica-se com o seu ser. a realidade do valor só ocorre mediante um processo da compreensão objetiva pelo ser humano, no sentido do processo de cognição conforme estabelecido por Kant, assim o ato de valorar é efetivamente um ato de conhecer<sup>63</sup>.

Dessa forma o valor se coloca no processo gnoseológico kantiano, através do elemento de síntese a-priori, também deve levar em consideração o objeto, razão pela qual a síntese do processo de compreensão somente se dá enquanto se leva em compreensão o processo da práxis- do plano do concreto. Assim o processo gnoseológico incide sob um campo ético ou da práxis enquanto inserido em nos termos de "*experiência axiológica*" ou "*histórico-cultural*"<sup>64</sup>.

*A historiografia é o espelho no qual o homem temporalmente se contempla, adquirindo plena consciência de seu existir, de seu atuar. Qualquer conhecimento do homem, por conseguinte, desprovido da dimensão histórica, seria equívoco e mutilado. O mesmo se diga do conhecimento do direito, que é uma expressão do viver, do conviver do homem*<sup>65</sup>

Mas o elemento histórico, enquanto objeto, não pode ser entendido somente como determinado período temporal, mas consiste nessa projeção temporal do espírito humano, com todas as possibilidades de atuação, tendo plena liberdade e diversidade, assim o mundo cultural é produto dessa projeção das intencionalidades sob uma forma objetiva. Desse modo, conclui que não há sentido em falar de uma ontologia a-histórica, tal como acabaram fazendo

---

<sup>62</sup> idem, ob. cit, 2002, p. 201.

<sup>63</sup> Idem, ob. cit., 2002, pgs. 205 e 206- daí a distinção que Kant faz, por dissociar o campo da axiologia da metafísica.

<sup>64</sup> idem, op. cit, 1994, p. 79

<sup>65</sup> Ibidem, p. 80

Hartmann e Scheler, já que a própria experiência histórica cultural reflete uma dimensão da vida humana do homem concreto, isto é colocado em um contexto histórico-cultural<sup>66</sup>.

Desse modo, na tentativa de achar a conexão entre a realidade dos valores e da vida humana, do ser e do dever ser, Reale entende que a axiologia, não se encerra na realidade cultural e histórica, mas, impossibilitada de passar ao plano do debate metafísico, se concretiza no elemento da pessoa humana através do ato de conhecimento. Trata-se efetivamente de um historicismo axiológico, mas com um elemento ontológico e não somente gnoseológico.<sup>67</sup>

Sob outro aspecto, embora a noção clássica de natureza humana, presente nas definições fornecidas por Cícero e Boécio, tendiam a definir o homem de forma última e, portanto, estática- conforme os conceitos metafísicos de acidente e substância-<sup>68</sup> a experiência prática da vida humana evidência somente a sua alteridade e impossibilidade de ser reduzido a determinantes de natureza biológica ou psicológica. O ser humano enquanto unidade indivisível, possui uma possibilidade incalculável de inovação e superação, mediante a capacidade de síntese (conhecimento). Como também homem como fonte de todos os valores, possui o poder de outorgar sentido aos atos, mediante a linguagem por exemplo (poder nomotético do espírito)<sup>69</sup>.

A dignidade da pessoa resulta desse reconhecimento do homem enquanto personalidade, tendo na sua substância, algo de incomunicável, razão pela qual não pode ser abarcado pela realidade das demais coisas, possuindo independência

---

<sup>66</sup> Ibidem, p. 81

<sup>67</sup> *A Ontognoseologia desdobra-se, por abstração, em duas ordens ou momentos distintos de pesquisas: ora indaga das condições do conhecimento pertinentes ao sujeito que conhece (Gnoseologia); ora indaga das condições de cognoscibilidade de algo, ou, por outras palavras, das condições segundo as quais algo torna-se objeto do conhecimento, ou, em última análise, do ser enquanto conhecido ou cognoscível (Ontologia, tomada esta palavra em sentido estrito). Poderíamos, em síntese, dizer que a Ontognoseologia desenvolve e integra em si duas ordens de pesquisas: uma sobre as condições do conhecimento do ponto de vista do sujeito (a parte subjecti) e a outra sobre essas condições do ponto de vista do objeto (a parte objecti). Mais tarde ver-se-á que a Ontognoseologia, após essa apreciação de caráter estático, culmina em uma correlação dinâmica entre sujeito e objeto, como fatores que se exigem reciprocamente segundo um processo dialético de complementaridade* (Idem, ob. Cit, 2002 p. 29-30).

<sup>68</sup> idem, op. cit, 2002, p. 98.

<sup>69</sup> idem, ob. cit., 2002, p. 207

ao mecanismo da “natureza”<sup>70</sup>. Assim, o ser humano enquanto substancialidade individual atribui sentido das coisas, como é em si o foco da vida ética. Efetivamente o homem *é* o seu *dever ser*, enquanto atribui valor de forma originária e fundante, na medida que tem em si o espírito da liberdade constitutiva, o qual determina-se a partir de um processo de síntese<sup>71</sup>.

Reale, ao afirmar que o homem *é* o seu *dever-ser*, atribui especial ênfase ao vocábulo *dever-ser*, que define o ser ligado enquanto inesgotável possibilidade. Desse modo quando Ortega y Gasset afirma “*eu sou eu e minha circunstância*”<sup>72</sup>, põe a relação do homem situado historicamente e a sua relação com o mundo implícito de valores; mas deixa implícito o valor da própria experiência contido no “*eu*”, naquele núcleo fundamental que constitui a possibilidade de autodeterminar-se, a começar pelo valor de sua própria vida<sup>73</sup>.

Mais especificamente, a afirmação de que o homem *é* o seu *dever-ser*, é o reconhecimento do autor que o problema do valor e sua aplicação no direito, não consiste somente de um problema gnosiológico, a partir do processo de conhecimento, mas também ontologicamente, enquanto está ligado ao próprio homem em sua substancialidade. Essa substância o autor associa justamente ao a possibilidade do homem, que se realiza ao projetar-se no processo histórico-cultural<sup>74</sup>.

Assim, Reale não afirma que o homem *é* um ser histórico, pelas limitações empíricas ou cronológicas, mas pela carência de uma história futura. O homem efetivamente *é* a sua própria história em potência, em um processo de projeção contínua, de passagem do ser passado para o ser futuro, sem nunca o ser completo em ato. A vida humana consiste na constante atualização das potências do ser em

---

<sup>70</sup> idem, ob. cit, 1994, p. 133.- É importante ressaltar que nesse sentido a natureza é o conceito na forma utilizada por Kant, não na compreensão do realismo clássico metafísico.

<sup>71</sup> ibidem, p. 205, 207

<sup>72</sup> “Eu sou eu e minha circunstância, e se não a salvo não me salvo eu” (ORTEGA Y GASSET, Ortega; meditações do quixote, 2019, p. 32).

<sup>73</sup> REALE, Miguel, ob. cit, 1994, p. 98

<sup>74</sup> idem, ob. cit, 2002, p. 138.

um processo de síntese que define a realidade histórico-cultural, enquanto inerentemente ligada ao ser<sup>75</sup>.

Em suma, na perspectiva do ser humano enquanto fonte de todos os valores, a sua atuação na história deve ser vista essencialmente como possibilidade, sua atuação no presente, como tensão entre o “ente” passado e o futuro (possível). A realidade da cultura, reflexo da experiência do homem, entendida como realidade do *dever-ser*, também se relaciona com a realidade do *ser*; uma vez que é a experiência humana que lhe atribui valor (visto que o homem é o seu *dever-ser*)<sup>76</sup>.

Os valores representam efetivamente o próprio homem ao serem projeções autoconscientes do próprio espírito, no plano da história. Os valores, portanto, não são tipos ideais, modelos estáticos, mas produtos dessa projeção histórica ao que Hegel denominou espírito objetivo<sup>77</sup>. Logo, a definição de cultura fornecida por Reale reflete manifestamente a compreensão da realidade histórica de acordo com um ideal de síntese:

*A cultura, neste contexto de ideias, não é algo intercalado entre o espírito e a natureza, mas antes o processo das sínteses progressivas que primeiro vai se realizando com base na compreensão operacional da segunda, o processo histórico-cultural coincidindo com o processo ontognoseológico e suas naturais projeções no plano da práxis.*<sup>78</sup>

#### **4.2-A síntese do espírito hegeliana e a dialética na teoria tridimensional**

É através da síntese hegeliana expressa pelo sistema dialético que Reale busca a solução da dicotomia entre a realidade do ser humano e a realidade do valor, na medida que o homem se projeta historicamente-axiologicamente, e os valores não podem ser concebidos apartados do existir histórico. Reale conclui, portanto, que o processo histórico e o processo ontognoseológico são dois momentos de um único processo, mediante a síntese do espírito<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> ibidem, p. 137

<sup>76</sup> ibidem, p. 209

<sup>77</sup> idem, ob. cit, 2002, p. 202

<sup>78</sup> idem, ob. cit, 1994, p. 74

<sup>79</sup> idem, ob. cit, pgs. 79 e 80



Nesse sentido, afim de explica a formação normativa, o autor se ampara no arcabouço hegeliano quanto ao processo de síntese do espírito. Por síntese pode-se entender um processo de juízo sobre os bens, de forma a objetivar certas condutas humanas, face às circunstâncias e aos impulsos individuais, superando o disperso na experiência, na realidade tal como se apresenta. Reale, no entanto, ressalta o seu caráter de liberdade, enquanto um processo contínuo, referente da inesgotável possibilidade de autorrealização do eu, que ocorre passagem do juízo pré-categorico para o juízo concreto, através da razão prática<sup>80</sup>.

Assim, na realidade do direito, a norma se coloca como resultado dessa síntese objetiva, na medida que o ser humano disciplina e ordena as formas de conduta e as ações humanas em um modelo jurídico objetivo, obedecendo não somente as exigências práticas, mas também os comportamentos possíveis.

Esse processo de síntese leva em consideração a necessidade de proteção de certos bens já adquiridos, que se coloca como dado objetivo na realidade jurídica; como também assegurar elementos subjetivos, enquanto presente somente no imaginário individual, e que se coloca como possibilidade a ser reconhecida e transformada em norma. assegura-se, portanto, a possibilidade de reconhecimento de novos direitos, nas modificações jurídicas que surgem face a experiência real<sup>81</sup>.

Os valores, em última análise, estão inseridos nesse processo de síntese do espírito humano, na medida que representam projeções do próprio homem, em sua autoconsciência espiritual. O valor não é um elemento irreal, manifestação da consciência ou subjetividade do ser, mas elemento que se manifesta somente no processo dialético da história<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> conforme afirma: *“poderia-se dizer que a compreensão do espírito como liberdade autoconsciente e como síntese representa o “a priori” transcendental fundante da experiência histórica, em geral, e da experiência ético jurídica em particular.”*- idem, op. cit., 1994, p.

<sup>81</sup> idem, ob. cit, 1994, p. 85 e 86

<sup>82</sup> idem, ob. cit, 2002, p. 201

Neste ponto, a ontologia de Scheler e Hartmann, acaba reduzindo o elemento do valor a um *tipo ideal*, algo que não precisa ser valorado (o bom, o belo, o útil, etc). No entanto, quando aplicado aos elementos na condição de valoração, efetivamente se encontram presentes no juízo da racionalidade humana, ou seja, na práxis, só podem ser compreendidos mediante o processo de valoração de um objeto, mas nunca como objeto ideal<sup>83</sup>.

Para Reale, parece impossível a conciliação entre um tipo ideal, um juízo lógico (enquanto *ser*), com um *dever-ser*, isto é, um produto do juízo da racionalidade humana. Sobretudo porque o valor só pode ser compreendido enquanto se torna imanente, enquanto inserido no processo histórico, na perspectiva do ser humano que lhe atribui sentido ( *ser enquanto dever ser* )<sup>84</sup>. Consequentemente, tanto o fato, elemento a ser valorado, quanto o valor encontram-se imanentizado a uma mesma realidade histórico-cultural, não podendo ser vistos como elementos separados, mas como etapas diferentes do processo da *práxis*, da realidade histórica<sup>85</sup>.

É dessa necessidade de compreensão conjunta do fato e do valor, no contexto da formação da norma, inserida na realidade histórico/cultural, mas sob um único processo<sup>86</sup>, que a dialética se coloca como método capaz de fazer a correlação entre os dois termos no plano teórico bem como da práxis, permitindo “*uma correlação permanente e progressiva entre dois ou mais termos os quais não se podem compreender separados uns dos outros, sendo ao mesmo tempo irredutíveis uns aos outros*”<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> idem, ob. cit, 1994, p. 92

<sup>84</sup> ibidem, p. 93

<sup>85</sup> “*ponto essencial do meu pensamento, é o entendimento do valor como aliquid dotado de objetividade, mas de objetividade histórica, tal como está se desenvolve no mundo da cultura*”. – Idem, ob. cit, 1994, p. 153.

<sup>86</sup> ibidem, p. 72

<sup>87</sup> *A meu ver, a correlação existente entre sujeito e objeto é de complementaridade, a qual governa todo o processo espiritual, tanto no plano teórico como no da praxis, podendo, em resumo, dizer-se que, na dialética do tipo aqui exposto, há uma correlação permanente e progressiva entre dois ou mais termos, os quais não se podem compreender separados uns dos outros, sendo ao mesmo tempo irredutíveis uns aos outros; tais elementos distintos ou opostos da relação, por outro lado, só têm plenitude de significado na unidade concreta da relação que constituem, enquanto se correlacionam e dessa unidade participam* (Idem, ob. cit., 1994, p. 73 e 74).

Em síntese, a compreensão da experiência jurídica, se dá como a contraposição dos elementos os de natureza axiológica/ cultural, com aqueles de natureza ontognoseológica, através do método dialético, na medida que o direito é produto das exigências de caráter ideal, mediante uma escolha de certos, valores, mas tem em si um elemento de mutabilidade e instabilidade, que assegure a sua adequação às perspectivas do ente histórico e das exigências da vida prática<sup>88</sup>.

*Por onde se vê que “processo histórico-cultural” e “processo ontognoseológico” são dois momentos de uma única compreensão dialética, fundada no espírito como “síntese a priori”. [...] É através da dialética de complementaridade que, a meu ver, será possível restabelecer a ligação entre “experiência gnoseológica” e “experiência ética”, reclamada pela unidade fundamental do espírito, lançando-se nova luz sobre a consistência da “experiência jurídica”.<sup>89</sup>*

Na unidade concreta da norma jurídica, tanto o fato, o objeto efetivamente posto no meio social, quanto o valor, se definem como elementos distintos e irreduzíveis; que se complementam mediante um processo de síntese, sem nunca esgotar as novas possibilidades de modificação.

Consequentemente a visão normativa de Reale, a partir do processo mediante uma compreensão dialética do processo fático-axiológico, vai justamente em contrário a compreensão Kelseniana da norma como algo de caráter puramente lógico. Na visão de Kelsen, da norma como um produto da compreensão racional do jurista, o direito tende a ser compreendido como um elemento passível a ser abstraído mediante conexões puramente lógicas, daí porque a sua validade já surge de forma concomitante com a sua eficácia.<sup>90</sup>

Reale discorda, portanto, que não somente a norma não pode ser concebida como um ponto de partida, sem o momento de geração da norma (momento nomogenético), como também que a norma pode ser concebida a-prioristicamente, mediante conclusões lógicas, dispostas a abrigar qualquer hipótese de aplicação. O fato, o elemento a ser valorado pelo valor ou pelo direito preexistente,

---

<sup>88</sup> Idem, ob. cit, 1994 p. 99.

<sup>89</sup> Ibidem, pgs. 79 e 80

<sup>90</sup> Ibidem, p. 96

representa uma realidade irreduzível, que não pode ser reduzido a um elemento de caráter subjetivo ou lógico a ser valorado<sup>91</sup>.

Por outro lado, a realidade dos fatos também não pode ser analisada sob o ponto de vista neutro ou objetivo, nem o valor, pode ser reduzido a um elemento intrínseco do fato, erro que Reale atribui aos empiristas, que reduzindo o valor ao ato de valorar, fazem com que ele esteja contido na realidade fática, reduzindo o direito a um reflexo da realidade empírica<sup>92</sup>.

A compreensão dialética dos fatores no processo do historicismo axiológico permite a contraposição entre a subjetividade, fonte de valores, e a objetividade, enquanto possibilidade de determinações da experiência (ligada ao ser). No âmbito do direito, isso se manifesta na necessidade de assegurar os bens já protegidos, isto é, aqueles culturalmente reconhecidos, com as possibilidades de reconhecimento e proteção de novos bens, de modo a assegurar o ineditismo da liberdade humana<sup>93</sup>.

Esse processo de desenvolvimento dos valores na realidade, -onde os valores podem ser entendidos na sua aplicação concreta e não mais enquanto ideais ou conceitos abstratos- inserindo-se na experiência histórica<sup>94</sup>, é o que Reale caracteriza como *historicismo axiológico*.

#### **4.3-A dialética da complementariedade e o direito enquanto realidade da vida.**

Em contrapartida o uso da dialética para explicar o processo de formação da norma jurídica, não quer dizer que a mesma esteja em um processo contínuo e uniforme de evolução representando a passagem de normas rudimentares, para uma lei superior e mais avançada. Essa teoria resulta de uma compreensão já

---

<sup>91</sup> ibidem, pgs. 95-96

<sup>92</sup> ibidem, p. 95

<sup>93</sup> idem, ob. cit., 1994, pgs. 82 e 83

<sup>94</sup> novamente o foco no termo *histórico* não é somente afim de designar a influência do tempo ou dos costumes, mas de representar o processo de passagem para a experiência pré-categorial da norma jurídica, como fizeram Kant e Hegel, cada um à sua maneira.

ultrapassada da história humana, como consequência do pensamento marxista-hegeliano.

O processo dialético sob uma perspectiva racionalista, tal como posto na teoria hegeliana, leva o direito a se tornar manifestação do universal<sup>95</sup> no processo histórico; ao ponto que levaria o filósofo a repelir todos os fatores positivos particulares, expressões individuais, a meros elementos acidentais e irrelevantes. No contexto do processo de formação da norma jurídica, o processo histórico levaria à superação das particularidades, para integrá-los em uma unidade superior que a tudo engloba; efetivamente eliminando a pluralidade e as particularidades da norma jurídica:

*“esse desprezo pelo particular, válido em si mesmo, conduziu Hegel a situar fora do âmbito dos sistemas jurídicos, os valores existenciais que os condicionam, até o ponto de subsumi-los na unidade superior do estado concebido como eticidade absoluta que integra e absorve a sociedade civil”*<sup>96</sup>

Portanto, na aplicação da dialética de contradição, tal como no modelo hegeliano-marxista, onde não há diferença entre elementos contrários ou contraditórios, admite-se a síntese entre elementos de diferentes naturezas, do ser e *deve-ser*, os quais não se admite qualquer distinção. assim integram-se os dois valores, mas excluindo qualquer elemento de natureza não racional. Ao ponto que o direito passa a ser visto como reflexo da síntese do espírito naquele momento histórico e não como um processo contínuo, tornando-se elemento subjetivo as planificações lógicas<sup>97</sup>.

Similarmente, na dialética jurídica marxista, o rigor do materialismo reduz o direito a um dos elementos da superestrutura (*Ueberbau*), como subsidiário à estrutura (*struktur*), tornando-se mais uma manifestação dos interesses da classe dominante. Há, no entanto, uma contradição do direito com o próprio regime comunista, na medida que, no período posterior a revolução, o direito deixa de ser produto espontâneo das relações sociais, a se desenvolver como algo aberto, mas

---

<sup>95</sup> nesse contexto, por universal refere-se ao conceito filosófico

<sup>96</sup> REALE, Miguel, *direito positivo e natural*, 1984, p. 51.

<sup>97</sup> Ibidem, p. 52

produto de uma dedução racional, tanto que, em fase posterior, o direito dos regimes socialistas reduziram-se ao ordenamento jurídico do estado<sup>98</sup>.

No entanto, a norma não contém logicamente em si, todas as possibilidades de regulação de situações futuras, isto é, os seus desdobramentos em nova norma jurídica. Isso porque a própria noção da norma como um produto racional (*dever-ser*) não significa que todos os elementos nela presente sejam de caráter lógico, estando nela inclusos, elementos irracionais ou analógicos que se encontram a partir do próprio ato formador, ou das circunstâncias sociais as quais disciplina.

O direito, existindo em razão do homem e com a finalidade de regular comportamentos humanos, não existe em uma realidade ideal, mas está necessariamente inserido no “mundo da vida” ou *lebenswelt*, conceito cunhado por Edmund Husserl, para denominar o “complexo de noções e opiniões operantes na qual pensamentos sentimos e agimos”<sup>99</sup>.

Na filosofia Husserliana, a experiência humana pode ser dividida em espontânea (pré-categorial), referente aos acontecimentos da vida na sua imprevisibilidade e mutabilidade, ou científica (categorial)<sup>100</sup>, decorrente de uma ordenação racional face a realidade espontânea. No entanto, essas duas experiências ocorrem simultaneamente na realidade da *práxis*, em uma recíproca e permanente influência. A realidade composta por ambas estas experiências é o que Husserl denomina como *mundo da vida*.

Assim, no âmbito do direito, impensável sem um momento de racionalização, de passagem da experiência pré-categorial para a categorial, no momento de formação da norma; não se pode descartar a experiência jurídica pré-categorial. Isto é, a realidade disciplinada posteriormente pela norma não se coloca como elemento abstrato ou primordial que precede o direito, mas se coloca

---

<sup>98</sup> Ibidem, p. 52 e 53

<sup>99</sup> Ibidem, p. 122 e 123

<sup>100</sup> divisão feita por Reale, que associa a divisão de Husserl com os conceitos dos pensadores gregos.

como parte integrante e imóvel do processo jurídico, que se dá em função dessas exigências e das exigências futuras<sup>101</sup>.

Incorporando a noção de mundo da vida de Husserl, Reale critica tanto as posições racionalistas dialéticas aquelas que conceberam a norma como um processo que uma vez terminado, permite a norma desenvolver-se de forma autônoma imanente. Mas pelo contrário<sup>102</sup>, o direito não pode ser concebido como um processo acabado, que contenha em si todos os seus desdobramentos, mas é antes um processo constante. No seu desenvolvimento, o direito conserva, portanto, a finalidade de assegurar os bens jurídicos já protegidos, enquanto permite a constante abertura para o reconhecimento de novos direitos, impulsionados pelo projeto de síntese do homem, parafraseando Ortega: “*ao irrenunciável e intransferível projeto de nós mesmos*”<sup>103</sup>.

Nesse sentido, o direito, enquanto produto histórico-cultural, a partir das intencionalidades objetivadas (convertidas em norma), deve ser entendido mediante um sistema que permita o seu desenvolvimento, o adaptar-se a vida humana objetivada. Correlacionando o fato, o valor e a norma especificamente, é pela compreensão do direito enquanto processo dialético, que se permite entender os elementos jurídicos abstratos e aqueles que dependem da experiência concreta, sem reduzir todo fenômeno jurídico à expressão definida em abstrato ou determinada empiricamente.

A teoria tridimensional deixa de ser somente uma planificação, uma estrutura a representar determinado aspecto da realidade social, mas adquire o caráter de modelo, na medida que estabelece a discussão do sentido dos comportamentos em que postula<sup>104</sup>. Permitindo, por outro lado, a contínua renovação do direito, já que a norma jurídica, uma vez formada, converte-se em

---

<sup>101</sup> Idem, ob. cit., 1990, pgs. 54 e 55

<sup>102</sup> Ibidem, pgs. 56 e 57.

<sup>103</sup> Idem, ob. cit., 1994, p. 80.

<sup>104</sup> Ibidem, ob. Cit., p. 107.- O fato de que Reale coloca sentido entre aspas ressalta ainda os elementos nitidamente kantianos que influenciam a filosofia do autor. a unidade de sentido é efetivamente algo que é posto pelo ente, de modo que não se refere a um sentido objetivo ou universal, mas o objeto da busca filosófica.

novo fatos, enquanto presente temporalmente, afim de ser futuramente valorada segundo as necessidades dinâmicas oriundas do “mundo da vida”.

Uma vez compreendido a maneira pela qual o processo de formação da norma jurídica segundo autor, é importante também entender a relação da norma com os demais fatores da vida social, da representatividade política, bem como a relação entre direito e ética.

## **5-A dialética tridimensional e a experiencia jurídica prática**

### **5.1- A questão do direito natural e as invariantes axiológicas.**

A norma compreendida como relação histórica-axiológica, ontognoseológica e dialética; faz-se ainda necessário estabelecer a relação da norma jurídica, uma vez constituída como as demais circunstâncias da experiência social, da representatividade política, da dignidade da pessoa e a relação com direito e ética.

Reale em suas considerações sobre Kelsen, afirma que o jurista colocaria o direito como a norma jurídica e nada mais do que a norma. Já Reale, face ao debate do direito natural, da separação do mundo da natureza e da cultural, ressalta, no entanto, que o direito é um fenômeno que se encontra no seio da vida humana, desde intrinsecamente ligado ao processo existencial do indivíduo e da coletividade<sup>105</sup>.

Na visão do autor, a norma jurídica surge somente com a decorrente da ação de um poder, de uma autoridade promulgadora que consagra certas atividades e estabelece sanções. mas o direito pressupõe um objeto sobre o qual incidem, mas uma situação a qual se aplica<sup>106</sup>. Daí a importância de diferenciar a norma da situação normada no campo do direito.

---

<sup>105</sup> idem, ob. cit, 1994, pgs. 118 e 123

<sup>106</sup> p. 124



A compreensão do processo de formação da norma, mediante a dialética aberta da teoria tridimensional permite superar a dualidade do “mundo da natureza” e “mundo da cultura”, na experiência do *lebenswledt*; na qual a experiência social espontânea e a experiência científica, de formação da norma, ocorrem de forma constante e concomitante.

A norma jurídica assim, pode ser entendido efetivamente como as estruturas práticas que ordenam algo da realidade social a certas finalidades, formando assim uma estrutura regulatória obrigatória<sup>107</sup>. Sendo assim, dotadas de uma mutabilidade intrínseca, por refletir as exigências do meio social e a finalidade a qual se ordena. No entanto, conforme coloca Reale, mediante a análise da experiência social, na ciência do direito ou da política, observa-se a presença de comportamentos ou atos que são constantemente reiterados, de modo que adquirem certa permanência e estabilidade, e vinculam os interesses de indivíduos e grupos de forma orgânica. A esse núcleo Reale atribui o conceito de uma *estrutura social*<sup>108</sup>.

Reale, desse modo, reconhece a existência de certas estruturas que podem ser consideradas naturais, na medida que representam necessidades biopsíquicas comuns a toda a experiência de convivência humana; ou ainda aquelas que se formaram devido à convergência de atos isolados em uma unidade orgânica. Assim, embora não reconheça a possibilidade de um direito natural transcendente ou a-histórico, não descarta a ideia como um problema histórico do direito ou ainda, reduzindo-o a uma só corrente de pensamento.<sup>109</sup>

Consequentemente, Reale considera a posição do direito natural transcendental<sup>110</sup> aquela de maior valor, consistindo na defesa de que, mediante o processo histórico-dialético, o ser humano toma consciência de certos valores fundamentais, a partir das circunstâncias biológicas e sociais que passam a ser considerados intangíveis e imutáveis. Tal ideal pode ser claramente observado nos

---

<sup>107</sup> p. 124

<sup>108</sup> ibidem, p. 107,

<sup>109</sup> Ibidem, p. 109

direitos da pessoa humana, que abarcam desde os direitos à subsistência até as prerrogativas de liberdade e igualdade<sup>111</sup>.

Assim, a presença reiterada de certos valores, mediante os juízos da razão prática em diversas culturas e eras, conferindo-lhes portanto, uma impressão de inatismo<sup>112</sup>, levou a elaboração de certas constantes ligadas a essência do próprio ser humano, mas mediante um processo gnosiológico que admite a proposição de novas variantes (novos valores) <sup>113</sup>.

Desse modo, Reale não admite o direito natural fundamentado metafisicamente na “natureza das coisas”, nem como reflexo de uma visão estática de natureza humana transcendente<sup>114</sup>. Mas, ao mesmo tempo, percebe que as exigências biológicas e sociais inegáveis podem se transformarem em conjecturas, “*suposições plausíveis em consonância com o certo ou verificável*”, em uma correlação do individual com o universal, que permitem falar da “totalidade do universo” e da “totalidade da cultura”. Essas conjecturas adquirem um caráter metafísico, não de forma a unificar todo o sentido em si, mas representar um “horizonte transcendental de possibilidades como totalidade de sentido”<sup>115</sup>.

Nesse sentido, o direito natural não pode ser o processo de formação da norma, mas a realidade *a-priori*, das possibilidades e linha ideal de desenvolvimento, a ser transformado em norma pelo processo da razão prática e pelo processo dialético exposto na teoria tridimensional<sup>116</sup>. Esses aspectos que se apresentam de forma uniforme, aparentando universalidade representam as invariantes-axiológicas, podendo ser definidas como “*um conjunto de valores*”

---

<sup>110</sup> importante discernir a visão transcendental da visão transcendente do direito natural, termo que reale utiliza para aquelas visões fundamentadas na filosofia aristotélico-tomista. ver nesse sentido REALE, Miguel; *direito natural/direito positivo*, p. 45 e 46

<sup>111</sup> Idem, ob. cit., 1994, p. 109

<sup>112</sup> Importante ressaltar que não é em si um inatismo, mas uma alusão ao mesmo pelo autor, porque Reale não estabelece qualquer relação intrínseca do direito com um elemento transcendente, referindo-se ao transcendentalismo kantiano como uma forma de explicar a adequação de uma teoria de direito natural com a realidade jurídica.

<sup>113</sup> Para uma definição mais direta ver REALE, Miguel, *teoria tridimensional do direito*, 1994, p. 142.

<sup>114</sup> idem, ob. cit., 1984, pgs. 11, 12 e 15.

<sup>115</sup> Ibidem, p. 9. ver também nesse sentido, do mesmo autor: *verdade e conjectura*, 1983.

*fundamentais, que uma vez trazidos ao plano da consciência, tornam-se bens comuns, essenciais ao viver social como se fossem inatos*”<sup>117</sup>.

Portanto, o autor admite a possibilidade de compreensão de um direito natural: “enquanto grande envolvente ou o horizonte histórico-cultural daquela experiência, na medida em que esta é pensada em seu todo ou seu fundamento.”<sup>118</sup>. Note-se que não se trata de um processo de conceituação, de transformação desses valores em norma, que se daria por meio do processo dialético histórico-axiológico, na forma da teoria tridimensional.

Por outro lado, quanto ao debate de que o direito natural representaria uma realidade da natureza e não de cultura, razão pela qual outros autores consideram uma realidade inicial/praeter jurídica, Reale apresenta uma visão na qual a cultura não representa uma evolução face aos impulsos naturais, mas uma complementação, da cultura como integração do seu ser e dever-ser. A natureza no entanto, não se concebe de forma estática, como se faziam nos mitos teogônicos e no exagero fiscalista do cientificismo, mas em constante mutação com a realidade da cultura<sup>119</sup>.

De tal forma que, ainda que não considere a norma como ligado a determinantes naturais, Reale reconhece a possibilidade de invariantes transcendentais estabelecidos pela razão prática. Nesse processo embora a formação da norma se de somente enquanto possibilidade, reconhece a fundamentação transcendental do direito na pessoa humana fonte de todos os valores, concordando com a visão de Cicero de que o direito resulta da mesma natureza do homem, resultando de uma perspectiva do ser que é natural-cultural<sup>120</sup>.

A norma jurídica enquanto produto do meio social-cultural, reflete necessariamente os valores referentes à pessoa humana como fonte de todos os

---

<sup>116</sup> Idem, ob. cit. 1994, p. 142

<sup>117</sup> Ibidem, p. 109

<sup>118</sup> Idem, ob. cit., 1984, p. 9

<sup>119</sup> Ibidem, pgs. 13 a 15.

valores. essa valoração da norma a partir da pessoa humana, que se denomina personalismo, se deu mediante um processo de tomada da consciência plena da pessoa humana, a qual reale atribui grande parte ao cristianismo. No entanto, foi em Kant que o homem ficou dotado de um valor infinito em si mesmo, enquanto condição de toda vida ética, mediante o libertar-se do mecanismo da natureza através da força da razão. assim a pessoa humana não se diversifica por ser substância, mas por ser foco de uma realidade diferente da vida ética<sup>121</sup>.

Reale admite essa defesa personalista do valor intrínseco do ser humano, na qual toda pessoa é única e nela habita o universal, na passagem do plano do abstrato para o concreto, como consequência da experiência histórica. Razão pela qual ao ressaltar a norma jurídica ao elemento do bem comum, o autor não disciplina um ideal pré-estabelecido, mas o bem comum enquanto o bem da comunidade, a ser desenvolvido de acordo com certos valores<sup>122</sup>.

Consequentemente, a compreensão da experiência jurídica conforme a teoria tridimensional resulta em certas exigências face à norma positiva, referentes à tomada do valor da personalidade humana, a qual volta-se necessariamente à realidade do direito. Contudo, essas exigências fundamentam necessariamente a norma na realidade subjetiva do *ser*, enquanto em seu desenvolvimento próprio; mas não limitam a lei a reflexo de certos paradigmas estáticos<sup>123</sup>.

Isto posto, é possível entender as considerações que o autor tece sobre a justiça, não como uma razão do justo objetivo a qual qualquer norma *é mister* vincular-se. Mas antes reflete uma visão subjetiva da mesma, como elemento relacionado a prudência, enquanto valor que permite a coerência e harmonia dos demais valores; tal como o próprio papel do direito<sup>124</sup>.

## 5.2- A formação da norma jurídica como processo empírico

---

<sup>120</sup> “*“Natura juris repenta ab hominis natura repetenda est”, ou seja , que a natureza do direito resulta da mesma natureza do homem”* -Ibidem, p. 19.

<sup>121</sup> idem, ob. cit. 1994, pgs. 132 e 133

<sup>122</sup> Ibidem, pgs. 135 -137

<sup>123</sup> ibidem, p. 143-146

<sup>124</sup> ibidem, p. 128

Face a crise do direito, com a perda de confiança nas soluções normativas, advém principalmente das ideias que reduzem o direito a um modelo lógico formal abstrato, do qual se pode deduzir todas as suas consequências; ignorando os elementos decorrentes da experiência imprevisível da vida. Enquanto simultaneamente eliminando completamente qualquer estudo orientado a dedução de um fundamento jurídico único, tal como uma unidade metafísica, caracterizada, pelos demais estudiosos como sendo “sem sentido”<sup>125</sup>.

Consequentemente, o estudo da nomogênese fica restrito ao processo legal ligado a elaboração da norma, seguindo uma noção abstrata a qual se aplica. Reduzindo tal processo a mera substituição de um enunciado por outro, mediante a compreensão a realidade das relações sociais sob uma lógica equiparável à físico-matemática<sup>126</sup>. Contudo, bem ressalta Reale:

*“A lógica jurídica não tem por fim dar respostas às múltiplas e sempre renovadas exigências da ciência jurídica: ela esclarece rigorosamente o seu “dever-ser” ou da proposição normativa, mas não o seu repertório: não envolve nem poderia envolver o momento decisivo da normatividade, que é o da sua atualização como conduta, isto é, do comportamento do juiz, dos indivíduos, e dos grupos a que se destina.”*<sup>127</sup>

Conclui, portanto, que seria absurda a ideia de deduzir a norma jurídica, como um exercício da razão, porque no processo normativo, operam forças também forças de tipo irracional; pela carga de passionalidade ou afetividade na pessoa do legislador ou juiz, que leva a afastar-se da harmonia de interesses e da eficácia do processo normativo. Concomitantemente, a contraposição estabelecida entre normatividade jurídica, e a vida real do direito resulta da perda do objeto da norma, que é justamente a realidade social dos comportamentos humanos; razão pela qual afirma que o direito é a norma e mais a situação normada<sup>128</sup>.

Norma jurídica essa que não pode ser interpretada como elemento abstrato autossuficiente, sem a influência dos valores e dos fatos que condicionam o seu advento, ainda que em sua concretude dependa de um ato decisório. Razão pela qual o modelo tridimensional concreto reflete uma tomada de posição, mediante a

---

<sup>125</sup>idem, *o direito como experiência*, 1992, p. 185-192.

<sup>126</sup> ibidem, pgs. 186 a 191

<sup>127</sup> ibidem, p. 191

<sup>128</sup> Ibidem, p. 189

organização das condutas humanas através de certos valores, as exigências fáticas que surgem na realidade histórica.

Dessa forma, a experiência normativa, não pode ser reduzida a expressão do arbítrio do poder legislador ou governante, mas antes reflete um modelo de discriminação e objetivação de condutas, em um processo de desenvolvimento constante, nos quais incidem necessariamente juízos de natureza fático-axiológica. É mediante tal fato, que se compreende o processo de passagem a experiência jurisdicional mais espontânea, até a norma estatal objetiva, onde coexistem diversos núcleos de direitos subjetivos e situações juridicamente mediadas<sup>129</sup>.

Concomitantemente, a realidade do juízo, mediante a sentença e na jurisprudência, deve ser entendida não como aplicação lógica da norma, mas como uma genuína "experiência axiológica concreta", na qual a entidade julgadora não pode aplicar somente a norma, mas deve relacionar a sua realidade concreta segundo uma série de valores, adequadas a sua condicionalidade histórica<sup>130</sup>.

Ainda o processo normativo enquanto decisão tomada pelo poder político, na passagem do ato de discussão, para o ato decisório do *fiat lex*, também inexistente decisão do poder absoluto. Inicialmente porque não existe poder que em seu exercício, não tenha como finalidade as condições valorativas do sujeito, nem as circunstâncias históricas na qual se situa. Como também porque o estado de direito, caracteriza-se por sistemas capazes de evitar o desvio de poder<sup>131</sup>

Ressalta, no entanto, que a experiência jurídica o revela a preocupação com a harmonia e a complementaridade de certos valores, de liberdade e segurança, previsibilidade e proporcionalidade, entre o particular e o coletivo. valores esses que originam das preocupações subjetivas dos seres humanos, como fonte de todos os valores mediante o processo de objetivação da norma. De tal modo que, em face às discussões que afastam a norma jurídica da realidade social

---

<sup>129</sup> idem, ob. cit, 1994, p. 62

<sup>130</sup> ibidem, p. 63

a que disciplina, mediante barreiras científicas intransponíveis, faz-se necessário reconhecer que a criação de modelos jurídicos não ser reduzida a mera técnica ou observação social, mas deve expressar a “composição superadora dos interesses em jogo”, da correlação das finalidades e funções históricas do direito<sup>132</sup>.

Ao ponto de que o processo normativo não pode nunca reduzir o direito a aplicação de um modelo absoluto de antemão, mas deve adequar-se à realidade dos fatos sociais, mediante um exercício de prudência -compreendida como uma forma de saber-. Razão pela qual o autor define o direito quanto a elaboração da norma jurídica como: “composição prudente entre exigências fático-axiológicas”<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> idem, 1992, pgs.194 e 197.

<sup>132</sup> ibidem, p. 199

<sup>133</sup> ibidem, p. 200

## **Capítulo 2 - O direito natural e a formação do direito positivo no pensamento de José Pedro Galvão de Sousa**

### **1- José Pedro e a defesa do direito natural**

José Pedro Galvão de Sousa (1912-1992) foi um jurista e filósofo paulista, um dos fundadores da faculdade de direito de São Paulo (que se tornaria a PUC-SP), onde lecionou teoria do estado. Sua trajetória foi influenciada pelo movimento de restauração da filosofia de Tomás de Aquino como consequência da encíclica *aeternis patris* do Papa Leão XIII; bem como pelo encontro com os pensadores da escola hispânica de direito natural, que levariam o autor a pensar no cenário jurídico e político do Brasil em face a um ideal de hispanidade, com as particularidades da influência Lusitana.

A sua obra, dispersa em artigos, livros, revistas e palestras- muitos deles de difícil acesso-, está marcada pela defesa de um direito natural clássico, face ao positivismo de seu tempo, pela crítica ao individualismo e idealismo dos autores positivistas. Mas também mediante o estudo do real processo de formação da sociedade, na qual a lei positiva deve refletir os fundamentos da lei natural, resultando, no entanto, em um ordenamento jurídico adequado às particularidades sociais e políticas de cada sociedade, sem a perda do seu caráter do justo objetivo<sup>134</sup>.

### **2-O positivismo e o debate do direito natural**

#### **2.1- O eterno debate do direito natural e o surgimento do positivismo jurídico.**

O eminente jurista *del vecchio* parece-nos correto ao dizer que a ideia de direito natural é uma daquelas que acompanha a humanidade no seu desenvolvimento, e embora algumas escolas fazem questão por ignorá-la, “*ela se*

---

<sup>134</sup> ver. *posfácio* por SALLES, Victor in SOUSA, José Pedro Galvão de; *Obras Seletas III: Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito e O Estado Tecnocrático* Rio de Janeiro: ed. CDB, 2022; p. 241 a 243.



*afirma poderosamente na vida. Por isso, é vá e incôgrua a tentativa de repudiá-la*”<sup>135</sup>.

O debate estabelecido inicialmente por Galvão de Sousa em *direito natural e direito positivo* (1940)<sup>136</sup> inicia-se pelo sempre presente problema do direito natural, pois embora houve uma tendência a adoção de teorias que vissem separar o direito ou determinar-lhe como uma ciência a parte.

Notoriamente o contexto do surgimento das teorias jurídicas positivistas no século XIX, que tomavam como base o novo arcabouço sociológico de Comte e de Durkheim, além das contribuições da nascente Psicologia, da teoria da evolução Darwinista e do Utilitarismo. Diante do surgimento das novas ciências procedimentais parecia necessário a completa revisão dos princípios admitidos pela maioria das escolas filosóficas, rejeitando todo o apriorismo da escolástica e da filosofia de Kant, Leibniz e de Rousseau<sup>137</sup>.

Mais especificamente, ressalta Galvão, que o próprio movimento positivista fora constituído como uma tentativa de substituição da metafísica clássica pelas novas ciências emergentes<sup>138</sup>:

*"Foi o positivismo, em filosofia, uma tentativa malograda de substituir a metafísica por uma síntese das ciências particulares. Limitando o âmbito do conhecimento à experiência sensível, deu assim origem a uma nova metafísica, se bem não das mais consequentes. A afirmação de que só é legítimo o conhecimento sensível, implica uma epistemologia apriorística e que se opõe ao senso comum: é uma afirmação que não provém da experiência, que não se demonstra e nem se impõe por evidente[...] cingindo-se a construções empíricas em que se reúnem os elementos comuns de diversos sistemas jurídicos ou dos vários ramos do direito positivo."*

Ainda, no entanto, seria difícil conceituar o positivismo jurídico, tendo em vista as diversas teorias que podemos denominar positivistas que buscavam a finalidade do direito, ou ainda a sua fundamentação na autoridade dos fatos

---

<sup>135</sup> SOUSA, Galvão de; *direito natural, direito positivo e estado de direito*, in Galvão de Sousa obras completas, vol. 1, 2022, p. 52

<sup>136</sup> SOUSA, J. P. Galvão de; *o positivismo jurídico e o direito natural*, São Paulo, 1940

<sup>137</sup> ibidem, p. 19

normativos, elementos que se encontram presente nas obras teorias de Ihering, Jellinek, Laband, além de Georges Gurvitch e Georges Ripert; mas sendo possível encontrar elementos do positivismo também em Hobbes ou Rousseau.<sup>139</sup>

Diante do debate do direito natural, interessa a Galvão de Sousa aqueles pensadores que, influenciados pela nova abordagem trazida pelo positivismo, buscaram investigar a formação da sociedade afim de encontrar um fundamento para o direito, mediante um princípio universal, de ordem cósmica ou sociológica<sup>140</sup>.

Entretanto, os autores que, por meio das suas investigações, buscavam se apartar das teorias de direito natural, concluíram, ainda que de forma incompleta e reducionista, pela existência de elementos orientadores já presentes na consciência humana individual; tal como de uma ideia interna do justo em cada um ou da tendência natural de agrupamento do em comunidades por parte dos homens. Portanto, os autores positivistas críticos do direito natural, embora insatisfeitos com a resposta positivista em relação ao fundamento do direito, acabariam implicitamente por admiti-lo em alguma forma.

## **2.2- Da crítica as teorias positivistas e da necessidade do direito natural**

Dentre as notáveis influências do positivismo, José Pedro inicialmente aborda a teoria positivista evolucionista de H. Spencer, que reconhecia a lei como um produto da adaptação da espécie humana, de modo que a justiça estaria na proteção do sumo bem, isto é a conservação da espécie humana, considerado como sumo bem

---

<sup>138</sup> Idem, ob. cit, 2022, p. 51

<sup>139</sup> Id.;ob. cit, 2020; p. 32 a 34.

<sup>140</sup> Ibid.; p. 22- Galvão para fins de sistematização limita distingue o positivismo jurídico em três teorias principais:— *o que reduz todo direito ao direito positivo, sem admitir nenhuma espécie de direito natural (exemplo: o “ direito puro” de Picard); 2 — o que atribui um valor intrínseco absoluto ao direito positivo, negando-lhe um fundamento supra jurídico, mas admitindo também um direito natural (exemplo: o positivismo de Rousseau); 3 — o que fundamenta o direito positivo em uma lei superior, de ordem cósmica ou sociológica (exemplo: o sistema de Spencer).* nesse sentido o autor desconsidera portanto as teorias positivistas denominadas “*puras*”, criticadas pelos próprios positivistas acima descritos, como também aquelas que admitem a ideia de direito natural, mas enquanto um direito primitivo, anterior a instituição do direito positivismo e do Estado.

que orienta a elaboração do sistema moral do autor; sendo teoria nitidamente marcada por um forte caráter utilitarista<sup>141</sup>.

No Brasil, Pedro Lessa, inspirado na ideia de que a justiça é um princípio orgânico da sociedade, desenvolve sua própria teoria positivista de caráter biopsicológico. Diferente da escola histórica, reconhece o papel das diferentes verdades fundamentais presentes na ordem social de cada povo que contribuem para a formação da norma jurídica; mas abstrai através do raciocínio jurídico por indução que a sociabilidade, a convivência do homem em sociedade, constitui o fator jurídico fundamental na experiência humana. Galvão ressalta o mérito do autor, na medida que percebe, semelhantemente como fez Aristóteles ou Grócio, que a sociabilidade constitui condição essencial de toda a espécie humana e que justamente dessa condição é que nasce o direito<sup>142</sup>.

Em contexto italiano, sobressai o pensamento de Icilio Vanni, que discorda de Spencer ao entender que o fundamento jurídico não se apresenta como consequência de sua natureza biológica do ser humano, mas como produto de um processo civilizacional, e o direito, se forma a partir desse processo de evolução social que se destrincha pela formação histórica na sociedade humana. No entanto o mesmo autor, apesar de não considerar o direito como elemento natural, afirma que a doutrina de direito natural entende corretamente que existe um fundamento intrínseco do direito na natureza das coisas<sup>143</sup>.

Em paralelo, V. Micelli considera o direito um fato social e psicológico que se origina da consciência coletiva de cada indivíduo, e que se difunde coletivamente através das crenças populares tornando-se obrigatória devido a coação exterior. no entanto embora acabe reduzindo o direito como um produto da consciência, percebe já a possibilidade da consciência vislumbrar certos elementos fundamentais, de modo que as normas jurídicas não se formam, nem mesmo nos povos antigos, como produtos da tradição, do costume ou do poder<sup>144</sup>.

---

<sup>141</sup> Ibid, p. 35 e 36.

<sup>142</sup> Ibid, p. 39

<sup>143</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>144</sup> Ibidem, p. 43- importante a crítica de Galvão de Sousa nesse sentido: *“Apesar de distinguir o aspecto fenomenológico do aspecto deontológico do estudo do direito — ser e dever ser — acaba*

Entretanto, seria Leon Duguit que chegaria mais próximo a teoria do direito natural, ao concluir pela existência de um sentimento de justo e injusto que já se encontra presente na consciência individual, e embora seja variável nas suas aplicações, encontra-se constante em seus fundamentos de proporção e igualdade. Esse princípio fundamental do direito, extraído da dupla natureza humana, individual e social, leva a formação de normas objetivas pela solidariedade social, na medida que constitui como imperativo a sociabilidade humana. Reconhecendo, portanto, a validade dos estudos biológicos e da física social de Comte, uma vez que provam que a sociedade é um fato espontâneo e ligado a natureza do homem, mas afirma que o fator essencial dos fatos sociais é o homem, ser consciente de seus atos<sup>145</sup>.

Assim, afirma Galvão, Duguit reconhece como fundamento primário do direito, não a soberania popular, a existência de direitos subjetivos ou a personalidade coletiva do estado, mas um princípio formal absoluto que é imutável em si mesmo, mas variável em suas aplicações. fazendo não mais que repetir o ensinamento de Cícero: *res et ab natura profecias et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit*<sup>146</sup>.

Desse modo, Duguit chega a criticar o positivismo de Jellinek e Laband ao caírem em contradição ao admitirem implicitamente certo ideal de justo natural. Ao tentarem definir o direito a partir da lei positiva, enquanto a esfera de atividade jurídica que institui tal norma prescinde de uma fundamentação que tenha como finalidade a sua criação; se tratando da própria lei natural<sup>147</sup>. No entanto, o próprio Duguit entra em contradição ao admitir a existência de um princípio absoluto e da natureza sociável do homem, enquanto pessoalmente nega a existência do direito natural.

Em suma, as teorias positivas que buscavam desconstruir a noção de direito natural, acabavam por implicitamente provar a sua existência, ao observarem a

---

reduzindo a deontologia jurídica à fenomenologia jurídica. A consciência é a origem e o fundamento do direito”.

<sup>145</sup> Ibidem; p. 44 e 47

<sup>146</sup> “O direito deriva da natureza e é sancionado pelo costume e pela lei”. M.T. Cicero, de *Inventione*, II, p. 160, APUD, SOUSA, Galvão de, ob cit, 2022, p. 45

presença de um critério de justiça já presente na compreensão humana da realidade. Movimento esse que teria origem da insatisfação de certos autores em aceitarem as conclusões dos demais positivistas que terminariam por reduzir o direito a um produto da vontade soberana ou manifestação da força coercitiva do Estado. Assim, conclui Galvão de Sousa:

*É por recuarem ante a inexorabilidade de tais conseqüências, que os próprios positivistas afirmam, muitas vezes, a existência de um princípio universal e permanente, superior à vontade humana e que constitui o fundamento da ordem jurídica*<sup>148</sup>.

Tais autores, chegariam efetivamente à conclusão semelhante que antes chegara Cícero ao declarar: *Non ergo a praetoris edicto, ut plerique niinc, nec a XII Tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendum iuris disciplinam.*<sup>149</sup>. Ou seja a negação de um fundamento jurídico anterior a norma e necessariamente universal, leva efetivamente á negação de um princípio absoluto de justiça e reduz o direito ao arbítrio dos legisladores ou a força dos pretores; sem razão que obrigue o mesmo a promover o bem-estar geral, ou ainda sem motivo ulterior que justifique a necessidade de obedecer a autoridade, que se mantem somente mediante coerção física<sup>150</sup>.

Ao descartar a hipótese do direito natural, haveria a impossibilidade de fundamentar o direito em um fator objetivo, mesmo que sob o ponto de vista puramente formal, sem que o mesmo ficasse invariavelmente associado com a norma estatal ou a soberania que lhe confere legitimidade; conforme fizeram as teorias positivistas puras.

As teorias de Jellinek e posteriormente de Kelsen, que visavam sanar essa antinomia, também não seriam capazes de ligar a legitimidade da norma e fundamento da norma jurídica, a um elemento diferente da autoridade emanada pelo poder estatal competente. A essa conclusão chegaria o jusfilósofo Gustav Radbruch, ressalta Galvão, ao analisar a impossibilidade de seus contemporâneos de separar a

---

<sup>147</sup> Id, ob. cit, 2022, p. 45.

<sup>148</sup> Ibid., pgs. 50 e 51

<sup>149</sup> *A ciência do direito deve vir não do edito de um pretor, como em sua maioria hoje se faz, nem das Doze Tábuas, como os antigos, mas da mais profunda filosofia*- (tradução do autor) T. Cícero, De Legibus, I, V. apud SOUSA, galvão, ob. Cit, 2022, p. 51.

<sup>150</sup> Ibid., p. 53

ordem jurídica da ordem estatal positiva. Assim, concluiria o autor austríaco pela necessidade de buscar a solução em um plano jurídico que transcenda as normas fixadas pelo direito positivo do qual o estado moderno detém o domínio. Efetivamente completa Galvão, que se trataria do direito natural <sup>151</sup>.

Também incidem em erro as correntes utilitaristas, que visam fundamentar a norma com base na utilidade social do bem tutelado, a ser determinado através de uma convenção social que determina a sua validade individual ou coletiva. No entanto, por essa própria concepção a validação do bem como útil ou se decide a priori, com base em outro valor que o antecede, este sim fundamental (como a vida, a justiça equitativa, etc.).

Nesse sentido, Galvão reconhece o papel jurídico da defesa da utilidade social, mas enquanto reflexo do bem comum que antecede a sua finalidade. No entanto, a validade do bem tutelado não corresponde a mera soma dos interesses individuais de uma comunidade, mas fundamenta-se através de um critério objetivo baseado nos conceitos de bom (moralidade) e finalidade da experiência humana. daí a influência dos conceitos de bem e finalidade as quais Galvão extrai diretamente do arcabouço filosófico aristotélico-tomista.

A noção de bem útil, defendida pelos utilitaristas, só pode ser compreendida como meio, ao contrário dos bens que constituem fins em si mesmos. Portanto, o bem útil não pode ser o fundamento das ações humanas, não possui finalidade própria, mas é considerado útil mediante juízo moral que lhe aufere certo valor. Assim todo bem útil é considerado bom somente enquanto se conforma a reta razão e tende ao bem; em contexto moral<sup>152</sup>. Assim, a redução do fundamento da norma em critérios de utilidade social, reduziu a possibilidade de fundamentação em um valor transcendente e anterior a própria ordem jurídica legal<sup>153</sup>.

A crítica de Galvão, nesse sentido, orienta-se enquanto uma defesa da teoria do direito natural, na busca de um critério explicativo a diferenciar e elencar os bens

---

<sup>151</sup>Ibid, p. 120

<sup>152</sup> Ibid, p. 57

<sup>153</sup> SOUSA, *historicidade e elaboração legislativa*, 2020, p 86.

que devem ser resguardados juridicamente, em face das contribuições aristotélicas, às dos jurisconsultos romanos e da síntese escolástica. Chegando à conclusão da necessidade de orientação por certos princípios universais na elaboração da norma positiva, tal como tais como o princípio da finalidade e da relação da ideia do justo com o bem e a moral<sup>154</sup>.

Mas sua crítica desenvolve-se sobretudo a elencar uma transformação substancial do direito natural pelas escolas iluministas e racionalistas, de notória influência nas transformações sociais e jurídicas do século XVII ao XIX. Notoriamente seriam as contribuições de Rousseau e Kant as mais determinantes na conversão do direito natural a um sistema de direitos subjetivos, imutáveis e universais, formados a partir de uma racionalização da experiência humana, efetivamente transformando o direito em um sistema imutável e perfeito, formado a partir de uma visão universal de natureza humana, que não passa de mera abstração<sup>155</sup>.

Reconhece, portanto o mérito dos autores positivistas, na medida que o apego às bases científicas e à conjuntura histórica tinha o intuito fornecer um elemento empírico que faltará nas teorias do jusnaturalismo racionalista; onde o abuso do método dedutivo julgava possível a construção de um direito universal, *a priori*, e sua aplicação a todas as sociedades. com efeito, a crítica feita pelos positivistas contra o direito natural aplicava-se perfeitamente às escolas que o deturparam<sup>156</sup>.

Dá a crítica sustentada pelos positivistas da impossibilidade de afirmação de um direito universal e imutável, por conta da variação da moral no tempo e no espaço; que antes evidencia o desconhecimento da aplicação do direito natural na perspectiva clássica, reduzindo todo o direito natural aos moldes das escolas racionalistas. Por conseguinte, entende-se o interesse do autor em discorrer acerca do direito natural nos moldes clássicos, das modificações das teorias de direito natural,

---

<sup>154</sup> Ibid, p. 57.

<sup>155</sup> Ibid, p. 26 e 27

<sup>156</sup> Ibid, p. 19 e 79.

principalmente com o iluminismo e o racionalismo, e das suas consequências para o surgimento do estado moderno<sup>157</sup>.

### **3-O direito natural em seu fundamento transcendente e aplicação histórica**

#### **3.1- Da lei natural enquanto fundamento do direito**

A gênese do direito natural ocorre sem dúvida com a filosofia grega, na investigação sobre a existência humana, e na busca pelo entendimento lógico e racional e explicação da realidade para além dos mitos e religiões antigas.

A noção de direito natural já se encontra presente nos trabalhos de Platão, bem como nos filósofos pré-socráticos. No entanto, mais determinantes são as considerações que faz Aristóteles, acerca do direito, em conjuntura com o seu pensamento político, ético e metafísico, que permitiriam a investigação do fenômeno jurídico, de suas propriedades, ligação com a natureza humana e as suas manifestações concretas<sup>158</sup>.

A dedução da natureza de algo (sua essência)<sup>159</sup> se dá justamente pela observação das suas características, do ser humano observa-se a presença de uma racionalidade, e da capacidade de percepção a partir desta (inteligência)<sup>160</sup>. Adicionalmente percebe-se uma tendência de organização em sociedade (*zoon politikon*)<sup>161</sup>, tendo como finalidade a autoconservação<sup>162</sup>, a conservação da própria matéria; finalidade essa que é partilhada pelos demais seres da ordem natural.

No entanto, mediante a racionalidade, o ser humano conclui pela existência de bens superiores, e pela necessidade de buscá-lo, no processo de controle e ordenação das suas paixões em face de tal bem, mediante o discernimento dos bons hábitos, isto

---

<sup>157</sup>Ibid, p. 76

<sup>158</sup>Idem, ob. Cit, 1998 p. 297

<sup>159</sup> Idem, ob. Cit, 2020, p. 69.- natureza nesse caso denomina a essência do ser, não aquilo que é espontâneo ou primitivo.

<sup>160</sup> razão pela qual inteligência nesse contexto, denomina uma característica que diz respeito somente aos homens

<sup>161</sup> Ob. Cit, 1998, p. 124



é, das virtudes. Assim o homem (em todas as suas ações) está voltado a uma finalidade superior que a vida em sociedade, trata-se da finalidade a qual Aristóteles descreve como *Eudaimonia*<sup>163</sup>.

Dentre a contribuição para a teoria do direito natural, com base nas suas observações acerca da natureza das condutas humanas que Aristóteles, em sua *Ética a Nicômaco*, faz a distinção entre o direito natural e o justo político (positivo)<sup>164</sup>. Face a essa distinção, observa-se que se pode falar em um justo, que decorre da própria natureza humana, e vincula as condutas humanas, independentemente do seu reconhecimento e dos juízos da vontade humana<sup>165</sup>. De modo que a partir daí pode-se elencar uma série de direitos universalmente e racionalmente reconhecíveis, que resultam na necessidade de proteção dos bens evidentemente importantes, seja para o indivíduo ou a comunidade: tal como o direito à vida, a constituir família, ao produto do seu trabalho.

Os romanos, que conservaram o arcabouço do pensamento lógico e filosófico grego, conservaram viva a noção do direito natural, ao ligar a justiça, ao *ius* (direito objetivo) diferenciando-se das demais manifestações jurídicas, notoriamente a *lex* (a norma de direito), *licitum* e *potestas* (direito subjetivo) e *iurisprudência* (ciência do direito)<sup>166</sup>. Desse modo, embora a norma se restringisse às fontes formais do direito romano, o costume as leis, os plebiscitos, as constituições imperiais, etc, conservava-

---

<sup>162</sup>Idem, 2020, p. 80

<sup>163</sup> A teoria de Aristóteles visa que os homens buscam o bem mediante o desenvolvimento dos hábitos - ver significado de *Eudaimonia*- os damos, são os espíritos que fazem a ponte entre o mundo terreno e eterno. Ver nesse sentido: Kraut, Richard, "Aristotle's Ethics", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Assim, embora a noção de *Eudaimonia* seja geralmente traduzida como felicidade, não se trata de uma noção de prazer ou bem-estar geral mas antes de uma busca pela perfeição e pela virtude. De tal modo esclarece o filósofo: *em termos gerais, a felicidade é identificada com uma boa vida ou um bem agir* (ARISTÓTELES, ét. a nic., livro I, 1089b, 20). Ou também: *"uma vez que a felicidade é uma atitude da alma segundo a virtude perfeita"* (Ibidem, livro I, 1012a, 5).

<sup>164</sup>SOUSA, ob. Cit, 2022, p. 9.- importante ressaltar que, nesse contexto Aristóteles, pelos termos em grego emprega o justo em seu sentido estritamente legal (*to daikon*), de modo que se tratam de tipos de direitos diferentes, mas ambos fazem parte do direito vigente da polis(*politikon*)- ver HERVADA, ob. Cit, p. 337 e 338.

<sup>165</sup> Importante ressaltar que a lei natural não se trata de princípios meramente formulados pela razão, mas conhecidos por ela. uma vez que a razão, meramente dá a conhecer desses princípios com base na experiência sensível, assim esses princípios já estariam presentes de forma sólida na conduta humana. razão pela qual na seguinte conclusão chega o autor: os princípios universais da atividade humana e as inclinações próprias de todo homem atestam para a existência de uma lei natural. SOUSA, direito natural direito positivo e estado de direito, 2022, p. 69

<sup>166</sup>Ibidem, p. 20.

se viva a noção de uma lei superior, *vera lex, recta ratio, naturae congruens, constans, sempiterna...*; definição de Cícero, considerada por Galvão como a mais adequada acerca da lei natural<sup>167</sup>.

O Direito, enquanto a ciência do justo e do injusto (*iusti atque iniusti scientia*<sup>168</sup>), não se limitava a aplicação da norma jurídica ou mesmo da elaboração das mesmas pela autoridade. Pois a lei não era produto a ser elaborado pela mente dos juristas e do legislador, mas algo que refletia uma justiça anterior à lei escrita, que poderia ser observada, descoberta, a partir das disposições naturais do homem, bem como aquelas que surgiam pelo costume ou utilidade. Daí a colocação de Cícero: “a lei sanciona o que é provado pela natureza e pelo costume”.<sup>169</sup>

Assim o Direito, não tem seu fundamento legítimo objetivo o contido nas normas, mas na própria vivência da sociedade, enquanto as fontes jurídicas têm o papel de dar forma e segurança a fim de garantir o seu cumprimento. Na aplicação da norma em uma disputa jurídica, cabia aos pretores e jurisconsultos, mediante aplicação de uma *recta ratio* à situação concreta, afim de decidir o direito, isto é, o devido a cada um. Trata-se justamente do fundamento da *iurisprudentia*<sup>170</sup>.

O ressurgimento do pensamento greco-romano, conservado em parte pelos filósofos árabes e aperfeiçoado pelos escolásticos, escolástica, significaria novo ressurgimento do direito natural de inspiração aristotélica<sup>171</sup>, principalmente através do pensamento de Isidoro de Sevilha e Tomás de Aquino. Esse último de extrema importância ao buscar a inserção da lei natural enquanto fundamento jurídico, mediante a sua inserção na cosmologia cristã, como manifestação da lei eterna, fonte transcendente e primeira do direito.

---

<sup>167</sup> Ibid, p. 22.- Trata-se da clássica definição, descrita acima, dada por Cícero: “há uma certa lei verdadeira, a reta razão, congruente com a natureza, difusa em todos, constante e eterna; uma lei que designa o trabalho a ser realizado, e que detém o delito a ser proibido, ainda que nem mande nem proíba os bons, nem tampouco mova os maus a serem mandados ou proibido”; da república, II, 22, *apud*, Idem, ob. cit, p.22.

<sup>168</sup> Ulpiano, D. 1.1.10, 2. *apud* SOUSA, op. cit. 2022, p 51

<sup>169</sup> Ibid., p.113

<sup>170</sup> Ibid., p. 113- demonstração clara também que o justo se encontra no elemento concreto

<sup>171</sup> Ibidem, p. 21

Foi Isidoro de Sevilha a quem se atribui a restauração da noção de direito natural, em moldes semelhantes ao adotado pelos romanos no Digesto. Mediante a sua obra *Etimologias*, reconhece a existência de leis naturais de carácter universal: das noções primeiras, inerentes à natureza racional do homem, bem como aquelas comuns aos homens e aos animais como as leis de procriação e conservação da espécie; já tecendo também a integração da lei natural à lei eterna<sup>172</sup>. Mais ainda, divide as leis humanas, entre o *Ius gentium*, o direito das gentes, e o direito civil romano<sup>173</sup>, sendo as primeiras, referentes a lei natural, enquanto aplicável a todos os indivíduos e não somente aos cidadãos romanos.

Já Tomás de Aquino, reconhece a lei natural como um conjunto de princípios evidentes em si mesmo cognoscíveis por meio da razão a partir da observação da natureza e da experiência humana. No entanto a lei natural existe na natureza antes de existir na razão humana, de modo que reconhece a subordinação da lei natural a uma lei superior, a lei eterna; concebida em sua totalidade na mente divina onisciente, antes da criação do homem<sup>174</sup>. Nesse sentido, a lei natural não discerne da lei divina em relação ao seu conteúdo, mas de onde se encontra presente: na experiência concreta do ser humano mediante investigação racional ou no espírito do legislador supremo<sup>175</sup>. E enquanto derivação da lei elaborada por Deus, é dotada de carácter essencialmente moral, pois ligada à ideia de bem, enquanto Deus simboliza o bem absoluto.

Desse modo, Tomás de Aquino reconhece o mérito dos autores clássicos e dos jurisconsultos romanos, na possibilidade de dedução de um agir correto com

---

<sup>172</sup> S. Isid, *Etymologias*, lib V; APUD SOUSA, Galvão de, ob. cit, 2022, p. 21.

<sup>173</sup> “Na divisão bipartida de Gaio (117?-180?), o direito das gentes é o estabelecido universalmente pela razão natural: *Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur* (D. 1.1.9). Trata-se, pois, de um direito que não se restringe a determinado povo, ao contrário do direito civil, sendo este *quasi proprium ipsius civitatis* (loc. cit.). Desde logo se percebe a origem da palavra “civil” no caso em apreço, designando a ordem jurídica da Civitas (Cidade no sentido de Estado), ou seja, o que posteriormente passou a ser o direito positivo nacional (do qual o direito civil é um dos ramos, constituindo a parte principal do direito privado).” SOUSA, op. cit., 1988, p. 173 e 174. Ver nesse sentido a explicação dada por NUNES, rafael morin, *A LEI NATURAL EM JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA: uma análise à luz do pensamento de Tomás de Aquino*, Porto alegre, UFRS; 2021; p. 37 e 38.

<sup>174</sup> “O direito natural está primeiramente contido, de fato, na lei eterna; mas, em segundo lugar, no juízo natural da razão humana” (S. Th. I.a II.85, q. 71, art. 6 ad 4)

<sup>175</sup> ver nesse sentido considerações de VAREILLES-SOMMIÉRES, *les principes fondamentaux du droit*, Paris, 1889, APUD, SOUSA, direito natural, direito positivo e estado de direito, 2022, p. 73.

base na luz da razão, visando a ordenação das inclinações naturais. Realiza assim a correspondência da lei divina e lei natural, enquanto interpreta as leis reveladas como reforço aos direitos que podemos conhecer através da razão. Com relação ao direito, objeto da justiça para Tomás, a partir das considerações de Isidoro, distingue a lei humana em direitos civis e dos direitos das gentes, sendo esses últimos, aqueles que não se aplicavam somente aos cidadãos romanos, mas a todos os demais indivíduos, por isso se estabelece como derivação da lei natural<sup>176</sup>.

Desse modo, ao comparar a lei positiva e a lei natural, não coloca como elementos opostos, mas antes demonstra de que modo ordenamento positivo reflete os primeiros princípios da lei natural a realidade particular da sociedade, de acordo com as inclinações provenientes das ações humanas. Assim, a lei humana deriva da lei natural, que se apresentam enquanto princípios gerais<sup>177</sup>. A lei positiva, portanto, se coloca como uma ordenação da razão que vincula o homem; porém atende ao justo somente caso de estar de acordo com lei natural, enquanto manifestação da natureza humana, mas devendo também ser promulgada por legislador competente e ordenada ao bem comum da sociedade<sup>178</sup>.

Nisso estaria baseado o conceito de bem comum: na ordenação dos bens e serviços essenciais para o coletivo, em face dos bens individuais; princípio a ser seguido pela ordem jurídica. Assim, o bem comum se sobrepõe aos bens particulares, mas não constitui hipótese de sobreposição do indivíduo ao meio coletivo, pois o bem comum visa justamente a fornecer a subsistência necessária para possibilitar ao indivíduo alcançar a plenitude individual e finalidade a que aspiram. De modo que o direito natural, enquanto derivado da lei natural, condiz aquilo que é necessário para a garantia do bem comum, e das liberdades individuais inegáveis<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> Ver AQUINO, Tomás de, *Summa Theológica*, la., IIae., q. 95, a.

<sup>177</sup> SOUSA, Dicionário de política, p. 174.

<sup>178</sup> "Ordenação racional para o bem comum, promulgada por aquele que tem o cuidado da comunidade" (isto é, pela autoridade da comunidade), "*rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet promulgata*" é a definição de lei de Santo Tomás de Aquino que encontramos na *Summa Theológica*, la., IIae., q. 90, a. 4. "- SOUSA e outros; obra citada, 1988, p. 312

<sup>179</sup> Desse modo, o homem se subordina a sociedade como cidadão, mas não em todo o seu ser, mantendo uma esfera de liberdade e autonomia que lhe é própria. trata-se de um dos mais brilhantes argumentos de Galvão, a qual se opõe ao totalitarismo e ao pensamento de outros tomistas. mais ainda essa autonomia deve ser assegurada visando a finalidade transcendente de

Desse modo, mediante a análise dos autores clássicos à escolástica, Galvão chega a duas conclusões: a primeira é que o direito natural é indubitavelmente moral, já que visa sempre a proteção de um bem, de validade racionalmente perceptível, essencial ao indivíduo ou à comunidade. Como também que o direito natural (a lei natural) pode ser reduzido aos primeiros princípios<sup>180</sup> obtidos a partir do uso da reta razão, que permitem a ponderação dos bens a serem protegidos. Desses dois elementos permite-se a ponderação do princípio generalíssimo do direito natural pelos escolásticos: “*de que o bem deve ser feito e o mal evitado*”<sup>181</sup>, bem como, na prática jurídica, a lei natural pode ser sintetizada nos princípios elencados pelo digesto: “*viver honestamente, não causar dano a outrem, dar a cada um o que é seu*”<sup>182</sup>.

### 3.2- o direito positivo enquanto aplicação da *lei natural*.

A teoria de Galvão, no entanto, não consiste em mera especulação filosófica dos princípios primeiros da lei natural, mas a sua aplicação na formação do direito natural, se dá historicamente, variando com as circunstâncias da época, do ambiente e do próprio indivíduo<sup>183</sup>:

*“Porque a natureza humana é universal e permanente, universal e permanente deve ser a sua lei: diffusa in omnes, constans, sempiterna... Mas essa lei imutável nos dá apenas os primeiros princípios da moralidade; nas aplicações, terá que variar, como varia também a natureza humana enquanto se consideram as circunstâncias do ambiente, da época e do próprio indivíduo.”*

---

cada indivíduo, a ordenação ao bem supremo, à Deus e a vida eterna. nesse sentido o direito e a sociedade devem permitir ao indivíduo tomar parte de uma vida justa, virtuosa e moral; conciliando nesse ponto o pensamento de S. Tomás e santo agostinho. Ver nesse sentido: SOUSA, *o pensamento político de s. Tomás de Aquino*, 2020, p. 27

<sup>180</sup> “Os primeiros princípios — desde os três preceitos do Digesto (*honeste vivere etc.*) até a norma fundamentalíssima *bonum est faciendum et malum vitandum* assim formulada por Santo Tomás — são acessíveis à razão natural e objeto da *sindérese*. O conhecimento da natureza humana decorre da observação das inclinações naturais dos homens concretos, tal como se encontra limpidamente sintetizada na *I.a II.ª*, questão 94, art. 2, passagem capital da *Suma Teológica* do Aquinense no concernente ao tema em apreço” (SOUSA, ob. cit., 2022, p. 74).

<sup>181</sup> Ibid, p. 25

<sup>182</sup> Assim os romanos enunciaram os preceitos fundamentais do direito naquela fórmula do Digesto, transcrita nas Institutas de Justiniano (imperador, de 527 a 565): “*viver honestamente, não causar dano a outrem, dar a cada um o que é seu*” (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, D. 1.1.10 (SOUSA e outros, dicionário de política, 1998, p. 487.)

A lei natural subentendida como um conjunto de princípios evidentes em si mesmos, deduzidos racionalmente, que devem ser resguardados pelo legislador efetivo, devem ser aplicados levando em consideração a vivência concreta da sociedade, na elaboração de um direito objetivo adequado às circunstâncias concretas e particulares de determinada sociedade: “*se o direito natural, enquanto critério superior de justiça, informa os preceitos do direito civil, é a conformidade ao direito histórico que lhes assegura perfeita adequação às condições reais de uma sociedade*”<sup>184</sup>.

Essa visão de aplicação política do direito, enquanto produto de uma vivência comunitária já se encontrava presente nos pensadores clássicos. Na filosofia aristotélica, a política não se encontra no plano do contingente e do possível, devido à moralidade e percepções falhas dos homens, e o seu fundamento se encontrava no plano concreto, não em uma concepção de sociedade abstrata, como idealizara anteriormente Platão em sua *República*.<sup>185</sup>

Acerca das considerações do direito feitas por Aristóteles é importante ressaltar que a justiça é considerada antes uma virtude, a característica do homem virtuoso. De modo que a lei, manifestação de um agir humano, pode não necessariamente leva à solução mais justa, sendo necessário um juízo também juízo de equidade afim de tomar a decisão no caso concreto<sup>186</sup>.

Mais ainda a própria definição da natureza humana em Aristóteles, já transmite essa mutabilidade dinâmica da natureza humana, visto que a sua essência é deduzida a partir de sua finalidade (causa final), enquanto seu desenvolvimento se dá a partir do princípio de movimento da filosofia do estagirita<sup>187</sup>. Desse modo, o direito positivo, decorrente de um processo de elaboração humana, não se reduz à mera

---

<sup>183</sup> Idem, direito natural, direito positivo e estado de direito, 2022, p. 23.

<sup>184</sup> Idem, *historicidade e elaboração legislativa*, 2020, p. 110.

<sup>185</sup> SOUSA, op. cit. 2020, p. 18

<sup>186</sup> “A equidade seria, portanto, uma virtude complementar à justiça. inspirando posteriormente a definição de justiça como dar a cada um o que é seu, que seria posteriormente estabelecida por Ulpiano”-Idem, ob. Cit, 1998, p. 300

<sup>187</sup> ver SOUSA, *direito natural e direito positivo e estado de direito*, 2022, p. 80. Na filosofia aristotélica, as causas final e eficiente justamente só podem ser deduzidas a partir desse princípio do movimento, que representa um desenvolvimento das coisas visando a sua plenitude, na

convenção ou dissocia-se do elemento do justo, mas deve ser elaborada de modo a aplicá-lo nas circunstâncias da vida em sociedade.

Essa variedade de ordenamentos jurídicos, ainda que levando em consideração os princípios universais, já era evidenciada pela própria formação das sociedades gregas e romanas, com a passagem do direito familiar (*oikos*), para o direito estatal, com a formação da *polis*<sup>188</sup>; com os costumes e organização própria em cada cidade-estado grega. Similar organização política se viu durante o período escolástico, no contexto do apogeu das cidades medievais do século XIII; como consequência da fragmentação do poder soberano com o feudalismo, bem como o desenvolvimento independente das nações<sup>189</sup>.

De forma similar, no pensamento de Tomás de Aquino, o direito civil se completava com o *ius gentium* (direito das gentes). *O ius gentium* refere-se, portanto, aos preceitos secundários da lei natural, na medida que alguns deles não são feitos evidentes pela razão ou natureza, mas surgem conforme a utilidade da vida prática, e se tornam leis vinculantes mediante a convenção humana<sup>190</sup>. Desse modo, a lei positiva orienta-se aos princípios gerais da lei natural, quanto as consequências racionais de sua aplicação em princípios secundários, inerentes à experiência humana empírica<sup>191</sup>.

Assim, entende Galvão que, enquanto a lei natural representa um aspecto da lei eterna, absoluta e imutável, mas acessível a todos mediante a razão; o direito enquanto norma positiva, é produto dos fatos e da vivência daquela sociedade a qual serve, devendo o legislador ter noção de uma ordem natural como também uma ordem histórica<sup>192</sup>:

---

passagem de potência para ato, (quanto a sua plenitude) no caso do ser inserido no tempo, e de ato para potência, no que diz respeito a essência/substância do ente.

<sup>188</sup> Idem, ob., Cit, 2022 p. 111

<sup>189</sup> Idem, *introdução à história do pensamento político brasileiro*, 1962, p. 8.

<sup>190</sup> SOUSA, op. cit., 1988, p. 174

<sup>191</sup> Idem, Ob. Cit, p. 81 – Nesse trecho, *ius gentium* se referem aos direitos convencionados mediante um consenso de vontades de forma racional, mas que não entram em contradição com os princípios da lei natural, citando como exemplo a proteção à propriedade privada. Sobre o *ius gentium* no pensamento de Tomás de Aquino, face a alteração do seu significado por conta do seu uso no direito internacional, ver: CHOUST, Anton-Hermann, *Ius Gentium in the Philosophy of Law of St. Thomas Aquinas*, 17 Notre Dame L. Revista. 22 (1941).

<sup>192</sup> Ibidem, p. 113.

*“o direito, oriundo assim dos fatos, é algo de concreto, e não um produto cerebrino ou uma ideia a priori. É o devido a alguém, é objeto da justiça. É, pois, algo de objetivo. E no seu aspecto normativo é a regulação de relações intersubjetivas suscitadas por esse objeto. Por isso mesmo o direito começa por ser o reconhecimento de uma realidade preexistente à prescrição do legislador ou ao veredicto do juiz. Resulta, nestes, de uma “adequação” do intelecto à coisa e não de uma criação da coisa pelo intelecto”*

### **3.3- O direito natural sob a perspectiva do direito histórico.**

Nesse sentido, quanto à aplicação da lei natural na elaboração da norma positiva afirma Galvão<sup>193</sup>:

*“assim a lei natural, fundamento de toda ordem moral e jurídica, se manifesta por uma dupla ordem de conhecimento: razão e experiência. A razão faz conhecer o primeiro preceito da lei natural, a que se reduzem todos os demais preceitos: deve-se agir racionalmente, de um modo próprio do homem, fazendo o bem e evitando o mal. Na fórmula clássica: bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum. E a experiência mostra, pela observação externa e a introspecção, em que consiste o bem para o homem.”*

Em face a justaposição feita entre o direito natural e o direito dos homens (convencional), que parecem versar sobre tipos diferentes de direito, Galvão ressalta a compreensão que ambas estão contidas no ordenamento positivo, o direito enquanto ciência está integralmente voltado a busca do justo objetivo, não como tipo ideal, mas como razão a ser aplicada à realidade.

O direito natural, no pensamento de Galvão, se coloca como a expressão jurídica do justo objetivo, enquanto deduzido a partir dos fundamentos da lei natural: *“o direito natural não é um direito ideal, mas um direito fundamental”*<sup>194</sup>. Mas a realidade da vida humana em todas as suas relações e particularidades, exige que haja uma complementação a ser feita pelo direito positivo. Ao direito positivo cabe a complementação do direito natural, levando em consideração as circunstâncias de tempo e lugar e necessidade; mas ao mesmo tempo, enquanto ordenação racional,

---

<sup>193</sup> SOUSA, *direito natural, direito positivo e estado de direito*, 2022; p. 66.

<sup>194</sup> Ibidem, p. 82. - Alguma confusão pode advir entre os conceitos de direito natural e lei natural. Galvão e outros notam que o direito natural pode referir-se ao justo objetivo, ao direito subjetivo ou à lei. Assim: O salário justo é direito natural objetivo, na medida que a expressão direito objetivo, descende da consideração que o direito é o objeto da justiça, não que é uma “categoria de direito”. quanto aos “direitos humanos” ou “direitos fundamentais”, trata-se de direitos naturais subjetivos. assim Galvão utiliza o direito natural mais para se referir a razão do justo, em contraste com o uso do termo feito por Hervada (que utiliza para fazer distinção entre direitos universais e direitos que provêm da conveniência).



também deve levar em consideração a lei natural, aplicado de modo a ser nexó entre a coisa e a ação humana<sup>195</sup>.

Efetivamente em suas considerações, Galvão de Sousa, coloca o direito positivo, não como algo justaposto ao direito natural, mas como uma técnica de realização do justo (*ius ex conditio*), como um desdobramento do direito natural, conservando o ideal de justo objetivo que deve permear as ações humanas, mas conferindo-lhe forma adequada, considerando a diversidade dos costumes, da cultura e do desenvolvimento histórico de cada sociedade política<sup>196</sup>. Em conformidade ao estabelecido por Isidoro de Sevilha a lei deve ser: “*justa, possível, natural, conforme os costumes pátrios, conveniente ao lugar e ao tempo*”<sup>197</sup>.

A lei natural se coloca justamente como elemento fundamentador, dos quais podem ser deduzidos os direitos fundamentais, bem os princípios a serem resguardados pela ordem jurídica; sendo efetivamente imutável e vinculante, por ser intrínseco à própria natureza (ontológico), mas também pela possibilidade de reconhecimento, pela razão (elemento gnoseológico)<sup>198</sup>. Mas enquanto juízo de razão prescinde de um processo de *sindérese*, de reconhecimento desses princípios universais, que pode ser influenciado pela influência das paixões, desigual desenvolvimento da razão, e diversidade dos meios e das circunstâncias concretas no qual a lei se desenvolve<sup>199</sup>.

Assim, tanto a lei natural quanto a positiva constituem hipóteses genuínas de *légere*, isto é, necessitam ser lidas, reconhecidas, de modo que há a possibilidade de se falar na mutabilidade do direito natural de acordo com as circunstâncias concretas de percepção da lei natural, como da variabilidade dos princípios secundários a partir

---

<sup>195</sup> Idem, ob. Cit, p. 179

<sup>196</sup> Ver também: Idem, ob. cit, p. 97 à 100.

<sup>197</sup> Ibid, p. 82.

<sup>198</sup> Idem, 1988, p. 311.

<sup>199</sup> “*À innata vis de Cícero corresponde o conceito de sindérese, elaborado pela escolástica medieval. Por sindérese entende-se o hábito desses princípios, que são contrários à razão, e, como diz Santo Tomás de Aquino (1225?-1274), são os primeiros princípios do direito natural (De Veritate, q. 16, art. 1º). Temos como que três momentos sucessivos: 1) a sindérese, fornecendo os princípios universais; 2) a razão, estendendo-os e tirando conclusões; 3) a consciência, aplicando a lei natural, conhecida pela razão, às ações particulares. Um exemplo: 1) princípio sinderético: cumpre evitar o mal; 2) afirmativa da razão: o adultério é um mal, por ser ação injusta e*

dela<sup>200</sup>. Assim, Galvão como os demais autores admite a possibilidade também de avanço da lei natural, pela aplicação dos primeiros princípios as circunstâncias históricas e o desenvolvimento das ciências<sup>201</sup>.

Mas o fato de reconhecermos no direito uma concretude necessária, uma vez que a sua realização ocorre nas circunstâncias históricas da sociedade, não acarreta a negação da existência de valores absolutos pressupostos em uma norma jurídica<sup>202</sup>. Nas palavras do autor: “*o direito natural é imanente em relação ao direito positivo, transcendente, enquanto expresse na ordem natural, fundada na lei eterna. imanente, enquanto realizado no direito positivo, dando a este um conteúdo de justiça*”<sup>203</sup>.

Nesse sentido, ressalta o mérito da escola-cultural que chamou a atenção para as diferenças entre os ordenamentos jurídicos estudados, evidenciando o desenvolvimento particular do direito em conjuntura com o desenvolvimento da própria sociedade, enquanto reflexo das particularidades daquela cultura. Evidenciando uma relação orgânica entre direito e sociedade, oposta à visão jurídica e constitutiva do direito que seria oriunda do idealismo e racionalismo iluministas. Mas essa realização concreta e variável do direito nos povos, não acarreta a negação dos valores absolutos intrínsecos que devem ser resguardados pelo legislador na elaboração da norma positiva.

De modo que a separação dos fundamentos do direito natural da sua aplicação concreta, sob a forma de norma positiva, sem levar em consideração o seu processo histórico, fora consequência de uma modificação do direito natural, notoriamente pelas consequências da filosofia cartesiana, pelos autores iluministas e pela teoria

---

desonesta; 3) juízo da consciência: este adultério deve ser evitado ”- SOUSA, op. cit., 1988, p. 180. ver tb. pgs. 363,486 e 487

<sup>200</sup> Ibidem, p. 312 - daí permite a correta compreensão do “direito natural” se referir em outra obra ao direito à propriedade como direito natural, embora considere o mesmo como consequência de aplicação dos princípios secundários da *naturalis ratio*.

<sup>201</sup> Ver nesse sentido JOLLIVET: “*a lei natural é imutável em si mesma, e seus primeiros princípios não podem desaparecer da consciência [...] no entanto é necessário, todavia, admitir a possibilidade e a realidade de certo progresso do direito natural, no sentido de que, pelo avanço da civilização, pelo desenvolvimento e extensão do saber, produz-se pouco a pouco um aperfeiçoamento das exigências da lei natural*” (JOLLIVET, regis, curso de filosofia, tradução de Eduardo Prado de Mendonça, livraria agir editora, rio de janeiro, 3ª ed. , 1957, p. 385 e 386).

<sup>202</sup> Ibid, p. 91. ver também p 92 sobre a organicidade da sociedade como a conclusão da escola histórica

<sup>203</sup> SOUSA, historicidade do direito e elaboração legislativa; p. 83.

jurídica de Kant. O direito natural deixaria de ser razão do justo a ser positivado e passaria a servir de modelo ideal dos direitos subjetivos, a serem reconhecidos de maneira inata e apriorística pela ordem positiva<sup>204</sup>.

## **4-As novas escolas de direito natural no surgimento do estado moderno**

### **4.1- Iluminismo, contratualismo e estado de natureza**

As modificações da teoria do direito natural, para além das bases metafísicas e realistas, segundo a tradição escolástica, pode ser traçada a escola de direito das gentes, depois do pensamento de Hugo Grócio, onde se poderia observar certo distanciamento do direito natural de base transcendente e propensão ao direito natural racionalista<sup>205</sup>. Mas seria nas contribuições dos iluministas que se dariam as bases para a sobreposição da ordem jurídica do antigo regime e para a transição do Estado moderno, como resultante das revoluções que marcaram o século XVIII. De modo que mais cabe analisar as contribuições do contratualismo de Hobbes, e especialmente Rousseau, como também o pensamento de Kant, que através do rompimento definitivo com a metafísica Wolffiana, serviria para dar um corpo fundamental ao ordenamento jurídico e o estado de direito moderno, sob o fundamento dos direitos universais e a liberdade individual<sup>206</sup>.

O iluminismo que influenciou o movimento enciclopedista e as revoluções liberais, surgia como corrente de pensamento marcada pelo racionalismo absoluto, proveniente do cartesianismo, pelo individualismo e pelo rompimento com os últimos resquícios da sociedade medieval. Nessa perspectiva o contratualismo de Hobbes e Rousseau serviu para dar forma ao surgimento do estado e da constituição do

---

<sup>204</sup> Das conclusões de Descartes, conforme descreve Sousa, rompe-se com o realismo que predomina até a escolástica, onde o objeto da inteligência, a realidade, era apreendida inicialmente pelos sentidos, na medida que a compreensão da realidade passa a ser dividida em (*res extensa*), o que podemos perceber mediante o uso dos sentidos e *res cogita*, do conhecimento da coisa mediante o raciocínio matemático (SOUSA, ob. cit, 2022, p. 112). Desta conclusão surgiu o debate do racionalismo e do empirismo, a qual Kant tentará solucionar em sua crítica da razão pura, onde defende que o conhecimento do ente em si, se dá somente mediante as fórmulas apriorísticas limitadoras da nossa compreensão. A crítica de Galvão de Sousa se dá na separação do direito da ordem da moral em Kant, e ultimamente na fundamentação do direito pela moral interior do ser (SOUSA, ob. Cit, p. 74 e 75, 2020).

<sup>205</sup> Idem, ob cit, p 119.

direito<sup>207</sup>. Enquanto defendiam, ainda que sob teorias contrastantes, a origem da sociedade e do estado, como resultante de um contrato entre os governantes e os governados, para tal defendendo a existência de um ideal de estado de vivência humana anterior à vida em sociedade<sup>208</sup>.

Mais notoriamente, seria o ideal do bom selvagem rousseauiano -somado a ideia de que a legitimidade de um governo poderia ser questionada a partir da violação do direito estabelecidos em estado de natureza- que serviria de motor revolucionários para os jacobinos<sup>209</sup>. O ideal de que o ser humano é dotado de direitos individuais inalienáveis que gozava em seu estágio primitivo e que estes vinculam o direito natural, levaria a definição da legitimidade do estado somente enquanto respeitam esses direitos preexistentes no estado de natureza<sup>210</sup>; justificando a revolta popular com o intuito de restaurá-los.

Mais ainda, mediante o exercício do *estado de natureza*, a teoria Rousseauiana permite elencar uma série de liberdades individuais, mediante o exercício do *estado de natureza*, reduzindo a realidade jurídica do presente a uma consequência do pacto contratual, que abarca inclusive as relações familiares. De modo que, a natureza humana fica entendida de forma dissociada da vida societal, que constitui estado a-posteriori, enquanto o direito natural se torna manifestação dessas relações em estágio primitivo, ou no caso de Rousseau, direitos subjetivos pré-concebidos<sup>211</sup>.

Similarmente a sociedade reduzida a senão um produto de um acordo de vontades, legitimaria a sua destituição e reconstrução em uma ótica de salvaguardar esses direitos primitivos, quando a ordem social vigente não assegura essa liberdade

---

<sup>206</sup> Ibidem; 2022; p. 120 e 121.

<sup>207</sup> Em Hobbes, observa-se na sua descrição da sociedade em *O leviatã*, dois estágios bem estabelecidos. um antes do estado, de guerra generalizada de todos contra todos, e com a criação do estado, mediante um contrato entre soberano e súditos. enquanto em Rousseau, em seu *do contrato social*, o homem antes do estado era dotado de liberdade e autonomia; liberdade essa que fora sacrificada na formação de um estado, cuja legitimidade estava plenamente ligada a manutenção da mesma. observa-se aí os dois elementos determinantes, da sociedade como resultante de um contrato, não como algo que sempre existiu e de direitos individuais antes do reconhecimento dos mesmos mediante uma vida em sociedade- SOUSA, Ob. cit. 2022; p. 78.

<sup>208</sup> Ibidem, 2020; p. 78.

<sup>209</sup> Ibid, p. 66

<sup>210</sup> Ibid, p. 69 a 71

natural<sup>212</sup>. Daí a conclusão do autor, parafraseando Reale, que afirma sobre que o apriorismo de Rousseau, a abstração dos dados históricos, e a sua preferência por argumentos intuitivos levou a uma atitude generalizada no século XVIII de fazer “tabula rasa” da história e transformar a velha ideia do contrato social em hipótese explicativa da ordem humana, análoga as hipóteses científicas concebidas pelos físicos para explicação da ordem cósmica<sup>213</sup>.

#### 4.2- Kant e o direito enquanto conciliação das liberdades

No entanto, outro aspecto da transformação da ciência jurídica, dar-se-ia a partir do racionalismo kantiano, que solidificaram o direito sob os fundamentos do indivíduo e da liberdade, mas sob uma concepção formalista e mecanicista da ordem jurídica e social. Kant em sua *metafísica dos costumes* (1797) define o direito como: “o conjunto de condições mediante as quais o arbítrio de um pode coexistir com o arbítrio de outrem seguindo uma lei geral de liberdade”<sup>214</sup>. De modo que a concepção individual, do “arbítrio”, ganha legitimidade enquanto representado no contexto maior da norma jurídica. desse interesse individual juridicamente protegido, viria a definição de direito subjetivo, adotada por Ihering, sob a inspiração notoriamente kantiana.

Em face disso, conforme as considerações de G. de Sousa, a teoria kantiana reduz o direito a mera conciliação de liberdades. Mas o Direito não pode ser reduzido a somente isso, ressalta o autor, na medida que o direito positivo coordena e orienta as atividades dos homens nas suas relações mútuas e utilização dos bens, mas *segundo um critério de justiça e tendo em vista o bem geral da coletividade*<sup>215</sup>.

Sousa ressalta como consequência do criticismo kantiano, a separação absoluta da moral e do direito, na qual a moral se torna objeto da razão prática do ser, produto das formas *a priori* e orientada pelo imperativo categórico. Enquanto a

---

<sup>211</sup> Ibidem, 2020; pgs. 69 e 70

<sup>212</sup> Ibidem, p. 68

<sup>213</sup> REALE, apud Galvão, 2020; p. 114

<sup>214</sup> *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre Einleitung* apud SOUSA, p. 89; 2022

<sup>215</sup> *Ibid*, p. 90.

norma jurídica, constitui elemento externo, sem ligação com a consciência individual, mas exigível segundo uma coação exterior<sup>216</sup>. Mas a noção do dever na teoria de Kant, é abstrata, vazia, meramente formal, frisa Sousa, concordando com a crítica de Pedro Lessa. Kant não estipula no que consiste o bem que devemos realizar, mas meramente sugere através que o ser humano, possui em si mesmo uma orientação racional e prática do agir correto, mediante o juízo do imperativo categórico<sup>217</sup>.

Consequentemente, o direito se reduz a mero formalismo, na medida que se torna sistema de harmonização dos interesses individuais, sem fazer qualquer juízo sobre a ação juridicamente protegida ou proibida, que passa a depender somente da vontade autônoma. O bem comum, que antes lhe servia de um fundamento objetivo, é reduzido ao conjunto dos arbítrios individuais, enquanto o direito se reduz ao produto da vontade social preponderante, na qual se legitimam todos os tipos de absurdos e injustiças grosseiras, desde que abarcadas pela ordem geral de liberdade.

Mais ainda, o Direito, dissociado do campo da ética e da moral, que passam a ser entendidos como juízos individuais, encontra-se agora limitado à harmonização desses juízos; transformando-se em um sistema de organização e coordenação dos indivíduos no tecido social, subordinado à uma espécie de mecânica social. Daí a crítica de Sousa, de que o direito natural a partir de Kant, se converte em um tipo ideal tomado *a-priori*, mediante uma racionalização das ações humanas, que só depois se veria transformada em direito, sob a forma de norma positiva.<sup>218</sup>

Por fim, ao Estado resta somente a função de assegurar a convivência dos arbítrios individuais por meio da norma jurídica, mediante a possibilidade constante de uma coação geral e recíproca, fazendo da coação elemento indissociável do conceito de direito. Enquanto simultaneamente, a autoridade estatal passa a ser vista

---

<sup>216</sup> Id., 2020; p. 75

<sup>217</sup> LESSA, pedro *apud* SOUSA, 2020; p. 74

<sup>218</sup> Ibid, p. 74. Excelente crítica nesse sentido, faz Javier Hervada: “*pois bem na filosofia crítica de kant elementos racionais desse tipo eram interpretados como formas puras a priori da razão prática, vazias de toda procedência empírica: as regras de direito natural forma substituídas pelos princípios a priori. o direito natural já não era entendido como direito, mas como formas e princípios a priori do direito; o sistema de regras e direitos naturais devia ser substituído pelo estudo de tais formas e princípios: a ideia de direito, a ideia de justiça e os princípios a priori da legislação. Por analogia, o conhecimento do direito, assim entendido não é jurisprudência mas filosofia.*”(HERVADA, javier, *lições propedêuticas de filosofia do direito*, p. 26).

como figura hostil, devido a possibilidade constante de cerceamento das liberdades individuais. Criando uma dicotomia entre poder do indivíduo e do estado e reduzindo a atuação do segundo ao policiamento das liberdades.

#### **4.3- As revoluções liberais e idealismo jurídico.**

O estado moderno, sem dúvida fora produto das consequências das três grandes revoluções liberais do século XVII ao XVIII: a revolução gloriosa de 1688, a revolução de independência americana de 1776 e a revolução francesa de 1789, marcada pela forte influência iluminista e resultando nas primeiras constituições escritas nos moldes correntes. Entretanto, seria na sociedade francesa, onde o rompimento definitivo com todos os aspectos relacionados ao *ancien regime* seria mais evidente, que se veriam transformações políticas e jurídicas mais drásticas, a serem defendidas pela assembleia constituinte; esta última composta por defensores da atividade revolucionária que surgira como reação aos excessos do absolutismo monárquico.

A *declaração de direito dos homens e do cidadão de 1789* marcava a formação de uma nova ordem jurídica, fundada no direito e liberdade individual, estendido a todos os indivíduos, a ser garantido pela carta constitucional, firmada a partir de uma ideia de liberdade contratual<sup>219</sup>. Enquanto, paralelamente, abrindo espaço para um movimento de codificação que se firmou na mentalidade dos juristas e dirigentes estrangeiros, visando a atualização do direito em substituição das velhas tradições pelo império da razão e dos direitos individuais<sup>220</sup>. Influência a qual se observaria, não somente do Código Napoleônico, mas no Código Prussiano, no Austríaco e no Português<sup>221</sup>.

No entanto, a unificação do direito perante um ideal constitucional significou a sobreposição de uma ordem jurídica e administrativa que já existente, e que não fora elaborado previamente pela administração anterior, mas era proveniente do direito costumeiro e da autonomia dos grupos intermediários, como herança do

---

<sup>219</sup> SOUSA, op cit, 2022; p. 79 e p. 291

<sup>220</sup> Ibid., 2022, p. 31.

<sup>221</sup> Id., *historicidade e elaboração legislativa*, 2020, pgs. 128 a 135

legalismo, adequado de forma mais particular as portanto às instituições e a vivência daquela comunidade; conforme entende o autor<sup>222</sup>.

Desse modo, na concentração do poder criador do direito no estado, unificada sob a constituição nacional, a norma jurídica não mais se baseia no costume histórico, mas passa a ser produto de um acordo de vontades, elaborada mediante a atividade legislativa por um representante da vontade geral. No desprezo pelo costume histórico, considerado um resquício da antiga ordem jurídica, o legislador deixa de buscar inspiração na vivência comunitária concreta e na experiência empírica e faz da norma jurídica um produto dos pressupostos ideológicos de sua mente; mediante uma racionalização da vida em sociedade, mediado por princípios de aplicação vaga e abstrata<sup>223</sup>.

Galvão de Sousa ressalta que a ruptura entre o direito e a história, na medida que a norma não reflete necessariamente as condições empíricas da vivência comunitária, mas corresponde aos pressupostos ideológicos, produtos dos ideais iluministas do individualismo, racionalismo e voluntarismo. Desse modo tornava-se também precária a vigência das leis e forma-se uma dicotomia entre a constituição jurídica e a constituição real da sociedade, uma oposição entre país real e país legal<sup>224</sup>.

O racionalismo, enquanto ideal, aproxima-se mais do idealismo cartesiano do que do realismo escolástico. Na medida que a crítica de Galvão não diz respeito à busca de fundamentos racionais para a ordem jurídica, mas que não através da observação da realidade mediante o estudo do desenvolvimento histórico, mas através de um raciocínio abstrato -tal como a ideia do estado de natureza, a fundamentar o contrato social- considerado mais apropriado a investigação da realidade dos fenômenos, o que inclui o direito. Galvão critica, portanto, o descaso com uma realidade concreta que pede o direito objetivo, enquanto o racionalismo

---

<sup>222</sup> Id., ob. cit, 2020, p. 83.

<sup>223</sup> Ibid, p. 108

<sup>224</sup> Ibid; p. 83



transforma o direito em norma formulada *a-priori*, reflexo do ideal subjetivo visualizado na mente do legislador.<sup>225</sup>

Quanto à perspectiva dos direitos individuais, as constituições e códigos estabeleciam uma série de direitos conferidos em tom de igualdade a todos os homens, e, portanto, em caráter universal. Mas o ser humano, sujeito de tais direitos constitucionais, afirma Galvão, tratava-se de um tipo ideal de homem, abstrato e a-histórico, não inserido em nenhuma sociedade ou nação<sup>226</sup>. Assim a perspectiva de direitos individuais deixava de levar em consideração a aplicação da norma e a vivência das relações jurídicas, mediante uma planificação racional e lógica da experiência humana<sup>227</sup>.

Na medida que a ordem constitucional estabelecia os direitos individuais, através da *lei chapelier* de 1791, suprimiram-se os direitos costumeiros e a organização própria e autêntica das comunidades, mediante a extinção das corporações de ofício da dissolução das ordens religiosas através da constituição civil do clero. Além disso, viria-se a aniquilação das regiões autónomas e substituição por departamentos estatizados, mediante a criação de um aparato burocrático e administrativo em proporções nunca vistas anteriormente<sup>228</sup>.

Similarmente, a visão de que a sociedade civil fora efetivamente constituída a partir de um contrato, reduzia a ordem jurídica a um ato da vontade criadora, seja do monarca enquanto representante legítimo através do “*direito divino*”, seja a vontade do povo, mediante a representação legislativa. De modo que a constituição, que surgira como um acordo entre a sociedade e o poder do estado -assegurando os

---

<sup>225</sup>Ibid, p. 112 e 113

<sup>226</sup> Nesse ponto ajuda a entender o pensamento do autor, as contribuições do pensador francês Joseph de Maistre: “*a constituição de 1795, bem como suas primogênicas, foi feita para o homem. ora não existe o homem no mundo. em minha vida conheci franceses, italianos, russos, etc., sei também, graças a Montesquieu que se pode ser persa, mas quanto ao homem, declaro que jamais o encontrei; se ele existe ignoro-o completamente*” (MAISTRE, *considerations sur la france*, 1994 apud COSTA, João Batista Ferraz da, *a relação entre direito natural e direito histórico dos fundamentos do pensamento político de José Pedro Galvão de Sousa*, 2021).

<sup>227</sup> SOUSA, galvão de, 2020, p. 113 e 114.

<sup>228</sup> Ibid., 2020, p. 70 e 115.

direitos dos governados face a autoridade e força do poder soberano<sup>229</sup>- passaria a estabelecer os princípios fundamentais de toda a ordem social, através da autonomia do poder constituinte enquanto representante dos anseios individuais<sup>230</sup>. O voluntarismo, tal como crítica o autor, é a redução da ordem das relações jurídicas a um produto da vontade criadora, reduzindo o direito à ordem objetiva da norma estatal<sup>231</sup>.

Portanto, a ação constituinte, reflexo de uma *volontà generale*, atua como se a sociedade não tivesse uma constituição própria, desconsidera os costumes e regras estabelecidos autonomamente pelos corpos intermediários<sup>232</sup> e passa a exercer as funções desses como se estes não existissem<sup>233</sup>; englobando cada vez mais os ramos exclusivos do direito privado, tais como as questões de direito sucessório e educação dos filhos. Afirma Galvão de Sousa: “*retirava-se o exercício da liberdade concreta das comunidades locais e dos grupos profissionais, suprimidas pela liberdade revolucionária, que preparava o terreno para a massificação da sociedade e centralização estatal*”<sup>234</sup>.

Paralelamente, a unificação da ordem jurídica pela ordem constitucional efetivamente significava a absorção de todo o direito pela norma estatal<sup>235</sup>. Assim, a norma estatal unifica em si mesma a posição de lei, recusando a reconhecer o caráter jurídico de uma regra ou norma que não fosse emanado da autoridade estatal, enquanto, simultaneamente, significava a expansão da atividade administrativa e centralização do estado sem precedentes<sup>236</sup>.

---

<sup>229</sup>Sobre a diferença das constituições ver. *o que deve ser uma constituição*, bem como diferenciação dos tipos de constituições *em direito natural, direito positivo e estado de direito*, 2022, p. 143.

<sup>230</sup> Id., ob. cit., 2020; p. 106 e 107.

<sup>231</sup> Ibid, 2020; p.110.

<sup>232</sup> Assim, Galvão de Sousa ressalta a crítica feita por Joseph de Maistre em face da constituição francesa, da instituição de direitos fundamentais não para o cidadão francês, mas para um ideal abstrato de homem e da tentativa de criação de uma ordem jurídica ex-nihilo, no descarte de um substrato histórico já existente na sociedade. (2020; p. 114): “*Um dos grandes erros de um século que os professou todos foi de crer que uma constituição política pudesse ser escrita e criada a priori [...] o que há precisamente de mais fundamental e de mais essencialmente constitucional nas leis de uma nação não poderia ser escrito*” (MAISTRE, Joseph de; Apud SOUSA, J. P. Galvão de; 2022; p. 96)

<sup>233</sup> id, op. cit., 2022; p. 107)

<sup>234</sup> SOUSA, 2020; *conceito e natureza da sociedade política*; p 66 a 71.

<sup>235</sup> nesse sentido ver as observações do autor sobre a organização do direito e das leis em um contexto medieval.

<sup>236</sup>Id.,op cit, 2022, p. 103

Mas enquanto a norma constitucional simbolizava o reforço dos direitos individuais e naturais, à família, à propriedade, ao trabalho, elevando-os ao status de intangibilidade constitucional e proteção pelo aparato coercitivo; na prática tal proteção seria manifestamente insuficiente. Uma vez que as Constituições estariam sujeitas às variações políticas e às reformas constitucionais, que lhes tirariam não só a estabilidade, mas a sua legitimidade enquanto a fundamentação da vontade legislativa e não no costume historicamente reconhecido<sup>237</sup>. Complementar à crítica do autor, fora fato de que no período de 1789 a 1829, houve um total de 10 constituições francesas; algumas com menos de um ano de vigência, evidenciando uma instabilidade jurídica<sup>238</sup>.

Consequentemente, a Constituição deixa de ser um compêndio dos direitos individuais, já histórica e politicamente consolidados, mas funda-se como própria fonte do direito, enquanto condição única de legitimidade; incorporando todos os aspectos da vida social sob seu jugo hegemônico. De tal modo, a ordem de direitos constitucionais, substituirá o direito natural enquanto fundamentação da ordem jurídica, conforme a idealização de Kelsen, na qual a *Grundnorm* é comparável ao ápice de uma pirâmide, nesta configurando o direito positivo de um estado <sup>239</sup>.

#### **4.4 – O constitucionalismo e o surgimento do estado moderno**

Sob esse aspecto, Galvão de Sousa considera a linearidade de evolução do jusnaturalismo racionalista das escolas das gentes, em passagem para o ordenamento jurídico nos moldes liberais e iluministas, cujas consequências levariam ao positivismo normativista. Na medida que o movimento de exegese, já herança do pensamento revolucionário, já afirmava o apego ao sentido literal intrínseco da lei como forma interpretativa, e a sua promulgação pelo legislador competente como critério real de legitimidade da norma enquanto direito. ao ponto que um dos seus

---

<sup>237</sup>Id, op. cit, 2020; p. 106)

<sup>238</sup> Ver SOUSA, ob. cit, 2020, p. 143 para estatísticas

<sup>239</sup> Ibid, 2022; p. 106.

expoentes chegou a dizer: ‘*eu não conheço o direito civil, eu ensino somente o Código de Napoleão*’<sup>240</sup>.

Posteriormente, seria devido a influência de Hegel<sup>241</sup>, mediante a sua aplicação da "Síntese do espírito" à realidade histórica, que gradualmente a Estrutura jurídica e política do estado moderno, começou a ser entendida como a própria noção de sociedade. A norma jurídica proveniente do estado moderno, para Hegel, era algo mais seguro e confiável que a noção individual de justo, visto que o indivíduo ainda está em processo de síntese. Assim Galvão ressalta que o Estado se torna a própria razão objetivada, caberia a orientação do desenvolvimento societal de acordo com sua ética construtora e planificadora<sup>242</sup>. Assim a sociedade é agrupada de modo uniforme em um corpo social (*res extensa*), a ser desenvolvida pela ação do Estado, que passa a ser a mente ordenadora (*res cogita*)<sup>243</sup>.

Por outro lado, enquanto ligada à ação legislativa, a constituição se converte em elemento sujeito a modificação, mediante a vontade dos representantes eleitos. Na experiência brasileira, os constitucionalistas e reformadores - sob a influência das escolas jurídicas estrangeiras, enquanto vinculados aos interesses das classes dominantes e separados da realidade da vida no povo no interior do país-

---

<sup>240</sup> “O positivismo nega o direito natural, sustentando que o único direito realmente existente é o direito positivo. I. O legalismo, herança do pensamento revolucionário de 1789, pretende restringir o direito à lei escrita, sendo típica manifestação desta tendência a escola de exegese na França, com o seu método de interpretação do Código Civil. O apego ao sentido literal da lei e a escravização à vontade do legislador eram tão fortes que um dos expoentes daquela escola chegaria a dizer: “*Je ne connais pas le droit civil, je n’enseigne que le code Napoléon*” (dito atribuído a Bugnet, apud F. Geny, *Méthode d’interprétation et sources en droit positif*, 2ª edição, t. I, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1932, p. 30; apud SOUSA, op. cit., 2022, p. 87).

<sup>241</sup> Neste ponto específico, a crítica de Galvão não vem diretamente ligada à exposição dos argumentos de Hegel, mas às consequências de sua filosofia política, daí sendo necessário outras fontes para entender o enfoque completo de sua crítica, como por exemplo: “a parte final da “*vida ética*” de Hegel é o Estado[...] para Hegel é somente no estado que a família se desenvolve em sociedade civil, e onde a mesma alcança maior “*atualidade*”. é no estado que a nossa liberdade concreta é alcançada conforme percebemos a nós mesmos na inteireza da nossa realidade política e social” (BROOKS, Thom, *Hegel’s Social and Political Philosophy*, 2022; tradução livre). Desse modo, o Estado representa o produto mais avançado do processo de síntese histórica, de modo que a manifestação do elemento do justo em suas normas é mais coerente e completa que a da visão individual do justo; na medida que o indivíduo está em constante processo de desenvolvimento pessoal, mediante o processo de “síntese do espírito”, defendido pelo autor.

<sup>242</sup> Id, op. cit, 2022, p. 115

<sup>243</sup> SOUSA, *o estado tecnocrático*, 2022; p. 160

contribuíram para elaboração de uma constituição formal incompatível com a realidade social e política da sociedade<sup>244</sup>.

A constituição, em razão do abstracionismo liberal e do formalismo jurídico deixa de ser um instrumento pragmático a conservar as liberdades concretas e historicamente adquiridas e se converte em carta ideológica de transformação da realidade, a serviço da posição política do legislador atual; mas deixando uma tensão entre a norma e a realidade do direito.

Em face dessa dicotomia, Sousa afirma que podem advir duas consequências: a fonte formal do direito tende a modificar-se para adequar a vivência real dos direitos subjetivos, pelos costumes e pela interpretação (*paraconstituição*), ou é reduzida a mero *chiffon de papier* (pedaço de papel, como coloca o autor) e as práticas políticas e jurídicas são radicalmente contrárias ao espírito e realidade da vivência popular (*contraconstituição*)<sup>245</sup>.

## **5- A crise de legitimidade e a aplicabilidade histórica do direito natural**

### **5.1- A crítica ao jusnaturalismo abstracionista**

A principal crítica de Galvão em face das escola de direitos naturais racionalista e iluministas vem da perda da noção que a aplicabilidade dos princípios da lei natural se dá de acordo com a própria estrutura do tecido social (*ius ex ipsa natura rei*), concreto e variado. O direito natural deixa de ser produto de princípios de cunho racional e moral que deveriam orientar a produção da norma jurídica; passando a representar conjunto de regras e direitos subjetivos, de caráter universal, obtidos mediante uma racionalização abstrata da experiência humana<sup>246</sup>.

O abstracionismo oriundo do idealismo iluminista rompe com o elemento histórico do direito, fazendo-o produto de raciocínios abstratos, mediante uma visão

---

<sup>244</sup> Id, op cit, 2022; pgs. 144 e 146

<sup>245</sup> DASKALIS, george; apud SOUSA, Galvão de; Op. cit, 2020; p. 145

<sup>246</sup> Idem, ob. cit., 2020, p. 77

abstrata de formação da sociedade humana. O contratualismo hobbesiano, afirma Galvão, tem como foco somente as causas materiais e eficientes do direito enquanto desconsidera seu aspecto finalístico e formal. Finalidade esta que não era plenamente definida, mas intrinsecamente ligada ao bem comum, a natureza humana em seu caráter dinâmico<sup>247</sup>. O direito natural, portanto, perde o seu fundamento finalístico e transcendente; bem como a sua mutabilidade histórica, tornando-se modelo ideal de ordenamento.

Similarmente, a percepção kantiana na qual o direito, enquanto dever individual, deriva somente do elemento do justo (matéria), perde-se a compreensão da aplicação da lei natural mediante a sua transformação em norma positiva; que confere forma ao justo objetivo. A aplicação do princípio, ainda que da lei natural, desconhecendo a situação concreta no qual se aplica, representa uma visão reducionista da ciência jurídica a ciência físico e matemático, do que a moral, que está ordenada a finalidade da ação do homem; nesse caso, a finalidade da conduta jurídica em questão<sup>248</sup>.

Desse modo, na busca por princípios de aplicabilidade universal, o jusnaturalismo racionalista reduz o Direito a um sistema imutável deduzido racionalmente de aplicabilidade universal; mas esquecia-se da dimensão real de formação e aplicação da norma jurídica, levando a formação de um ordenamento ideal, mas às particularidades de qualquer sociedade política<sup>249</sup>. Como consequência, a teoria do direito natural, seria reduzida a um páleo-direito, ou descartado como produto de mera abstração filosófica da realidade, desprovida de qualquer base empírica, pelas escolas positivistas e culturalistas.

---

<sup>247</sup> Idem, direito positivo e direito natural, 2022, p. 79 e 80.

<sup>248</sup> “Quanto aos preceitos secundários, a lei natural nem sempre é invariável, mas só na maioria dos casos, e ainda quando o é, pode não ser igualmente conhecida [...] Mas nem sempre se deve pôr em prática num preceito particular da lei natural, pois há circunstâncias que o alteram ou tornam dispensável. Seja o conhecido exemplo da obrigação de restituir uma coisa dada em depósito. Trata-se de um preceito secundário da lei natural, aplicação do princípio geral de justiça — dar a cada um o que lhe pertence. Suponhamos que eu tenha recebido uma arma em depósito. Se o depositante ou proprietário pedir a devolução dessa arma para cometer um crime, é claro que eu não devo entregá-la”. -Ibidem, p. 29- Trata-se de explicação que se aplica a ética kantiana que toma o princípio por norma, mediante o raciocínio teórico, sem admitir a sua aplicação variável.

<sup>249</sup> Ibidem p. 26

Mas o direito não se resume à norma que estabelece a sua aplicação, mas além de norma ou antes de ser norma, é organização ou corpo social, sendo o fator que comunica a norma ou consequência a sua natureza jurídica<sup>250</sup>. No sentido que os direitos subjetivos concretizados em norma não surgem espontaneamente, e mesmo a norma objetiva, representada pelas fontes formais, como a lei e o costume; estes refletem a existência de uma organização social que a precedem.

Galvão de Sousa ressalta que o direito natural, enquanto direito objetivo, não se reduz a aplicação de princípios imutáveis, mas resulta de uma vivência concreta, está marcado por um caráter de historicidade que lhe confere forma. Galvão na sua crítica não defende a existência de um direito que não esteja também presente no ordenamento positivo, mas critica a visão puramente voluntarista e abstrata do direito que faz da validade jurídica uma questão de adequação ao estado ou a constituição enquanto desconsidera o desenvolvimento gradual das instituições jurídicas sociais em uma linha social histórica<sup>251</sup>.

Desse modo, o jusnaturalismo que tentaria fundamentar o justo quanto a um critério lógico, esqueceria da característica do direito enquanto fenômeno social, da formação da norma levando em consideração os primeiros princípios racionais quanto a estrutura da sociedade. De tal modo que, o autor em seus trabalhos direcionados a filosofia política ou teoria do estado, analisa o processo pelo qual os princípios da lei natural se combinam com as condições históricas para a formação do ordenamento jurídico. Trata-se, portanto, de uma complementação e aplicação da teoria do direito natural que defende.

## **5.2-A realidade política na formação do direito**

O direito natural evidencia a necessidade de fundamentação da norma jurídica mediante uma série de princípios que lhe conferem fundamento ao elemento do justo, mas ao mesmo tempo direito apresenta-se assim como produto de uma vivência social e consequência de uma ordem política. O direito subjetivo pressupõe a presença de uma norma objetiva, não surgindo espontaneamente, mas não quer dizer

---

<sup>250</sup> *Santi romano*; apud Galvão de Sousa, p. 2020; p. 105

<sup>251</sup> Id, ob. cit, 2022; p. 111

também que seja mero produto da vontade arbitrária dos homens. Assim, se o direito positivo, bem como a sociedade compartilham a finalidade do bem comum, o direito tem como a sua causa eficiente o processo de construção da própria sociedade, através da ação humana <sup>252</sup>.

A natureza do homem está para Aristóteles como consequência de sua racionalidade que o separa dos demais animais, como também pela sua liberdade, de modo que não se constitui animal gregário, mas social. No entanto, o ser humano em relação com social com outros nunca se encontra completamente isolado em face da *civitas*. Toda organização social, mesmo a mais arcaica como a aldeia ou a tribo, pressupõe uma organização em grupos menores que não a totalidade de indivíduos, em uma redução que remonta a unidade familiar, como primeira cédula individual<sup>253</sup>. Assim fora observado por *Fustel de Coulanges* em seu clássico a “*cidade antiga*”, acerca do desenvolvimento da *Pólis* e de Roma a partir de agrupamentos familiares<sup>254</sup>.

A sociedade, portanto, não se origina pela mera reunião de indivíduos, mas, mais especificamente, por uma reunião de grupos intermediários, que podem ser entendidas como comunidades menores. Tais grupos variam de forma e tamanho de acordo com o desenvolvimento social, enquanto as sociedades mais simples o único grupo observável é a família. Já o Estado, consequência do desenvolvimento de uma sociedade<sup>255</sup>, está marcado por uma organização jurídica e política segundo uma finalidade comum<sup>256</sup>.

---

<sup>252</sup> Id, ob, cit, 2022; p. 55

<sup>253</sup> Id, op, cit, 2020; p. 137

<sup>254</sup> Ver nesse sentido Fustel de Coulanges, capítulo 4º: “o que vimos da família, a sua religião doméstica, os deuses que ela criara, as leis que se impusera, o direito de progenitura sobre o qual se fundamentara, a unidade, o desenvolvimento de século em século, até formar a gens, a justiça, o sacerdócio, o governo interior, tudo isso leva inexoravelmente o nosso pensamento para uma época primitiva, em que a família era independente de todo poder superior e que a cidade sequer existia [...] podemos, portanto escrever um grande período durante o qual os homens não conhecera outra forma de sociedade senão a família.” (FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis, 2009; p. 123 e 125.)

<sup>255</sup> “em toda sociedade política e particularmente ao estado encontramos as seguintes características...”: ver nesse sentido, acerca das características de toda sociedade política: SOUSA, Galvão de, *conceito e natureza da sociedade política*, 2020, pgs. 57 a 65.

<sup>256</sup> Ibidem; p. 56.



O direito, enquanto norma estatal, tem o papel de assegurar a coexistência pacífica entre os homens, com base em um critério objetivo de justiça, de modo a garantir a paz social; tendo, portanto, também um elemento de segurança<sup>257</sup>. Desse modo, enquanto a ordem jurídica desenvolve-se com o escopo de assegurar o bem-estar da sociedade, pressupõe também uma organização societária que a precede, que lhe é causa. Essa organização se dá com a formação espontânea de grupos, de acordo com as tendências naturais humanas. De modo que, o papel do direito não está em remodelar a composição ou atuação dos grupos, mas garantir a convivência conservando a autoridade desses, com base em um ideal de *communitas communitatum*<sup>258</sup>.

Dentre tais grupos intermediários, Sousa dá especial ênfase à unidade familiar, enquanto menor célula no organismo social, é também a única capacitada a permitir ao indivíduo desenvolver a totalidade dos bens individuais, não se limitando ao aspecto econômico e produtivo, mas também quanto ao intelectual, moral e religioso. A família, portanto, se trata da sociedade mais natural, devido a organicidade de seus vínculos de parentesco, como também ao ser a única capaz de possibilitar o desenvolvimento pleno do indivíduo<sup>259</sup>.

Essa autonomia dos grupos intermediários observou-se especialmente no desenvolvimento jurídico da idade média, onde o particularismo dos ordenamentos jurídicos convivia com a universalidade da fundamentação jurídica sob uma cosmovisão cristã que imperava<sup>260</sup>. Na medida que a descentralização da soberania auferia significaria o exercício de parte dos poderes pelos senhores feudais, como a como a manutenção da ordem, distribuição de justiça, cunhagem de moedas; resguardando a autonomia de regulamentação da produção e do comércio, através das corporações de ofício, bem como a administração local no sistema de comunas<sup>261</sup>.

---

<sup>257</sup> Ibid, p. 65

<sup>258</sup> Ibid, p. 56- “*comunidade comunitária*”, isto é, uma sociedade que não é composta somente por indivíduos, mas antes de comunidades menores, conforme Galvão de Sousa defende na presente obra.

<sup>259</sup> SOUSA, Galvão de; *o sentido comunitário do matrimônio*, 2020, p. 47 e 48.

<sup>260</sup> Id, op. cit; 2022, p. 148.

<sup>261</sup> Nesse sentido, acerca do desenvolvimento do direito em Portugal feudal e do papel das ordens religiosas e da justiça das cortes locais em contrabalancear o poder feudal, ver: SOUSA, Galvão de *história do pensamento político brasileiro*, 1962, pgs. 7 à 11.

Na mudança do constitucionalismo medieval para constitucionalismo moderno, dar-se-ia anteriormente à revolução francesa, com o surgimento do absolutismo monárquico, inspirado na teoria do poder divino do século XVI<sup>262</sup>, na transferência da autoridade legislativa e administrativa para a figura do monarca. Contudo, com a formação do estado moderno, como consequência do movimento revolucionário, o direito não deixa de ser consequência da soberania, mas agora manifesta-se sob a nova fundamentação da soberania popular, exercida indiretamente por meio dos representantes diretos. Enquanto a soberania do Estado estendia-se a englobar a totalidade das relações jurídicas sob o aspecto constitucional, a autonomia das sociedades parciais era suprimida pela mesma, em nome de um ideal de igualdade individual absoluta, nos moldes Rousseauianos <sup>263</sup>. Em suma, resume o autor:

*“Se nos tempos do absolutismo monárquico os legistas ensinavam que a vontade do príncipe faz a lei, passava-se agora ao absolutismo democrático, transferindo do rol para o povo a origem do direito. E pressuposto de serem os legisladores os representantes da vontade popular, a eles cabia formular o direito sem concorrência de nenhuma outra autoridade social. Mesmo porque, como consequência do individualismo inspirador de tais concepções, em face do Estado os grupos intermediários não tinham vez; só se consideravam os cidadãos como unidades soltas, e o direito, emanação da lei, tornava-se assim mera criação do Estado.”*<sup>264</sup>

### **5.3- As consequências do constitucionalismo e a crise de legitimidade**

A crítica de Galvão de Sousa, nesse sentido, não se reduz à crítica da transição do regime absolutista para o regime democrático ou ainda à elaboração do direito através de um acordo de vontade ou mediante a sistematização racional da conduta humana. Mas da substituição progressiva do direito, de fundamentação em princípios e valores objetivos, para reflexo de uma ordem de vontade; seja ela a

---

<sup>262</sup> Importante ressaltar a distinção feita pelo autor, que o absolutista monárquico não fora o regime que imperou na maior parte da idade média, mas fora uma inovação do século XVIII, influenciado pelo ideal do despotismo esclarecido (Bodin) tornava o Monarca um agente da providência, capaz de dizer o direito em todos os aspectos da vida social. trata-se de distorção da ideia de poder divino dos reis, que se via no pensamento de Tomás de Aquino e Isidoro de Sevilla, onde a autoridade do monarca emanada de Deus, significava a sua subordinação à lei de Deus, rei dos reis, enquanto impunha um ideal de servidor dos homens. desse modo, ainda que simbolicamente, limitava o uso discricionário de sua justiça e autoridade aos princípios e regras morais cristãs. Nesse sentido ver: Idem, o estado tecnocrático, 2022, pgs. 160 e 161.

<sup>263</sup> Id, op. cit, 2022, 170 e 171.

<sup>264</sup> Id, op. cit, 2020; p. 110

manifestação do absolutismo monárquico, ou do absolutismo da *volonté générale*<sup>265</sup>. Assim, o direito perde o seu fundamento transcendente, da necessidade de refletir o justo (*ius*), na medida que a norma estatal se forma fonte do direito objetivo<sup>266</sup>.

Concomitantemente, a expansão da competência administrativa do Estado, bem como a unificação do processo legislativo, com a supressão da autonomia legislativa que historicamente mantiveram os grupos intermediários, levaria à completa identificação do Direito com a norma estatal<sup>267</sup>. Efetivamente, sob o enfoque do sistema representativo, é a vontade do legislador que se converte em lei, sob um ideal geral de direito coletivo e na ausência de um mecanismo capaz de assegurar o vínculo entre a ação do representante e o interesse geral dos representados<sup>268</sup>.

Desse modo, para o autor, o “*estado de direito*” tende a converter-se em uma tautologia, na medida que a norma se torna legítima, enquanto observada as formalidades estabelecidas pela própria autoridade estatal; restando, à sociedade civil, somente a possibilidade de adequar-se. Assim, as tentativas dos autores positivistas de afastarem a dicotomia do direito e do estado, tal como Jellinek, pela defesa da autolimitação do estado pelo direito, como Kelsen pela sua teoria pura<sup>269</sup>; levariam invariavelmente a fundamentação do direito aos preceitos estabelecidos pela ordem normativa, à mercê das variações dos poderes e do caráter dos legisladores<sup>270</sup>. Assim, por maior que fosse sua antipatia de Kelsen ao regime nacional socialista, os

---

<sup>265</sup> Id, op. cit, 2020; p. 151 a 153

<sup>266</sup> Id, op. cit., 2020, p. 105.

<sup>267</sup> Id, op. cit, 2022; p. 110

<sup>268</sup> Ibid, p. 158- uma vez que não restam à sociedade mecanismos de administração dos próprios riscos, que não os delimitados pelo Estado, a lei passa a ser a vontade do legislador, em um rompimento com o vínculo representativo, enquanto mantém um ar de juridicidade. Nesse sentido, ver: Ibid, p. 158.

<sup>269</sup> Na tentativa de resolver o problema da igualdade de estado e direito, Kelsen propõe sua teoria da pirâmide ao estabelecer na constituição norma absoluta que fixará diretrizes a serem seguidas por todas as leis e as atividades estabelecidas pelos governantes. No entanto trata-se de construção meramente formal, onde a solução para a antinomia estaria em uma norma fundamental completamente afastada da realidade e sem *semblance* de presunção normativa completa, servindo somente de pretexto para a aceitação de quaisquer ideologias que predominem no estado em determinado momento (estado liberal, comunista, nazista, etc). Similarmente em Jellinek a solução proposta, a subordinação do poder à ordem estatal, induz as mesmas consequências, já que permite o direito continua sendo produto do estado, na medida que pode ser alterado a todo momento por uma decisão do poder constituinte, invertendo qualquer possibilidade de subordinar o estado ao direito. Nesse sentido ver: SOUSA, *direito natural, direito positivo e estado de direito*, 2022, p. 106.

postulados do seu positivismo jurídico não seriam suficientes para impedir a ascensão de Hitler, em meio ao sistema jurídico oriunda da democracia de Weimar, que se fez sem qualquer quebra da realidade constitucional<sup>271</sup>.

Para Galvão, portanto, o Estado totalitário seria o último estágio da expansão da competência legislativa e administrativa do por parte do estado; como consequência da ausência de fundamentação direito na lei natural. O estado totalitário, nesse sentido, define-se pela redução da totalidade do indivíduo ao cidadão parte do corpo social, sob o fundamento de um interesse coletivo. Assim não somente despersonaliza-o completamente, mas retira-lhe a liberdade fundamental para buscar certos bens que não os delimitados pela ordem coletiva do estado<sup>272</sup>.

Nesse sentido, o regime socialista da URSS consolidou historicamente a subversão da sociedade quanto a um ideal desvirtuado de interesse coletivo; subvertendo a autonomia de todos os corpos intermediários a uma administração estatal dos bens. O triunfo revolucionário acarretara na formação de um Estado ultra-centralizador e do surgimento de uma nova casta governante formada a partir daqueles que detinham o controle do seu aparato burocrático<sup>273</sup>.

#### **5.4- Conclusão: a necessidade do direito natural e da sua historicidade de sua aplicação**

Desse modo, a consolidação do direito no estado de direito constitucional, por mais aperfeiçoadas que sejam as suas instituições e leis visando garantir os direitos subjetivos e o ideal de bem comunitário, elas não podem, por si só, garantir a realização de um estado de direito, conforme conclui o autor: *Na elaboração das leis,*

---

<sup>270</sup> idem, op. cit., 2022; p.120

<sup>271</sup> Ibidem; p. 134

<sup>272</sup> A percepção subjetiva da realidade, podendo ser afetadas pelos vícios e falhas humanas, leva muitos a privilegiarem pelo bem apazível ao invés do bem honesto, o que é bom em si mesmo (ver SOUSA, *direito natural, direito positivo e estado de direito*; p. 56 e 57). nesse sentido também afirma: “*bebendo das fontes do apriorismo do ser kantiano e o idealismo de descartes, a inteligência humana fecha-se dentro de si mesma, perante a impossibilidade de compreensão do ente em si e do transcendente, e busca-o em nova investigação do imanente, reformulando os aspectos da gnose. no direito, a separação do direito natural da lei eterna, leva a negação completa do direito natural pelo positivismo, e da valorização absoluta do direito positivo em seu lugar*” (SOUSA, Galvão de; *Das relações entre o homem e a sociedade segundo s. Tomás de Aquino*; p. 126, 1976).

<sup>273</sup> Idem, op. cit, 2022; pgs. 232-234

*na sua aplicação pelos juízes e tribunais, no exercício das tarefas administrativas e nas funções governamentais superiores, de direção e coordenação, é preciso, para alcançar o sentido da justiça e submeter-se ao império do direito, ir além do institucional*<sup>274</sup>.

Desse modo, de Sousa afirma a necessidade da fundamentação do direito positivo através de princípios que descendem de uma ordem natural e moralmente inviolável, que se impõem racionalmente à vontade do legislador<sup>275</sup>. De modo que o Estado de direito somente existe enquanto a atuação do legislador e do governante estejam de acordo com uma ordem superior de justiça. Mas as visões errôneas do direito natural falharam em compreender que o justo objetivo se encontra na própria natureza das relações humanas, e nos direitos subjetivos que originam destas.

Assim, a norma estatal não constitui fonte única do direito, mas meramente estabelece as condições e exercícios dos direitos subjetivos que já encontram-se presentes no tecido social. De tal modo que a essência do juiz e do trabalho do juiz está não em julgar de acordo com as leis escritas, mas na determinação daquilo que é justo<sup>276</sup>.

*“Ora, o justo objetivo dimana da natureza de uma relação jurídica, à qual é inerente. A lei só é justa quando conforme à ordem natural. E os direitos subjetivos, fundam-se na própria natureza humana, na dignidade pessoal do homem, na liberdade do ser racional, no seu destino transcendente e eterno.”*<sup>277</sup>

Essa adequação às bases do direito natural, em consonância com a adequação da norma à realidade histórica, observou-se tanto no sistema da *common law*, quanto no direito foraleiro hispânico<sup>278</sup>. O constitucionalismo da Inglaterra e dos Estados Unidos, por exemplo, fundam-se no reconhecimento de direitos já existentes, face a medidas arbitrárias que ocasionaram o rompimento com os costumes historicamente estabelecidos.

---

<sup>274</sup> Ibidem, p. 133.

<sup>275</sup>idem, op. cit, 2022; p. 97

<sup>276</sup> Ibidem, p. 136-137

<sup>277</sup> SOUSA, J. P. galvão de; ob. cit, 2022; p. 136.

<sup>278</sup>Ibidem, p. 137

Assim tanto a *bill of rights* quanto a declaração de independência não traziam qualquer elemento novo, na medida que os direitos adquiridos eram considerados já parte da sociedade que se formava, a partir da sua concretização histórica pela norma constitucional. Observa-se, portanto, um distanciamento das fórmulas constitucionais abstracionistas adotadas pelos demais países, enquanto compreende-se que a constituição resulta de um desenvolvimento orgânico (“*it had not been made, it had grown*”) <sup>279</sup>.

No entanto, o autor não atribui a constância e a estabilidade do sistema da common law -em comparação com os demais regimes constitucionais- ao ideal do *rule of law* e ao sistema de freios e contrapesos americano <sup>280</sup>, mas na vinculação do direito e da ordem constitucional à uma estrutura social preexistente. De tal modo, o influxo dos ideais abstratos fora mitigado pelo pragmatismo e empirismo da vivência social, presente no ideário do legislador; na medida que esse respeitava a autonomia histórica dos grupos intermediários, efetivamente garantindo um vínculo real entre a sociedade e o poder <sup>281</sup>.

Dáí as críticas do autor ao movimento constitucionalista e reformista brasileiro <sup>282</sup>, na qual a constituição que viria a ser obra de homens instruídos, mas simultaneamente se veria impregnada de fórmulas anglo-saxônicas, enquanto simultaneamente mostrava-se ausente o conhecimento da vida real no interior do

---

<sup>279</sup> Isto é, não foi feita, mas cresceu. Uma clara alusão a ideia de que na teoria do direito natural se pressupõe que o direito origina da sociedade e é meramente reconhecido pelo legislador- Idem, op. cit, 2020, p. 139

<sup>280</sup> Mas o *common law* indica uma fundamentação do direito na vivência histórica e não no influxo de ideais abstratos, enquanto o *rule of law* estabelecia a ordenação da sociedade e do direito a uma ordem objetiva, aplicável a todos e visando impedir o poder despótico. Similarmente, o constitucionalismo americano significa o reconhecimento de uma ordem jurídica representada pelos direitos individuais estabelecidos pela declaração da independência / e a imitação da atuação do estado e mediante um sistema de pesos e contrapesos e controle da constitucionalidade. - ver nesse sentido: SOUSA, Galvão de, *direito natural, direito positivo e estado de direito*, 2022, pgs. 122-128 e 128-133.

<sup>281</sup> nesse sentido, ver trecho do autor com relação às *trade unions*- Idem, *o que deve ser uma constituição*, 2020; p. 327.

<sup>282</sup> Sobre a crítica do autor ao constitucionalismo brasileiro, nos auxilia o seguinte trecho: “o transplante das fórmulas estrangeiras, de procedência francesa ou anglo saxônia, ocorrido após 1822 em experiências sucessivas e malogradas, não acusa o mesmo senso de objetividade e o mesmo conhecimento do meio ambiente nacional. Prescinde da nossa formação histórica. O Brasil já estava feito, já era uma nação, um reino independente unido a Portugal [...] já tinha as suas instituições seculares em pleno funcionamento [...] fizemos o inverso dos estados unidos, que tanto quiseram imitar. Lá se observou a continuidade histórica e se mantiveram as tradições jurídicas

país<sup>283</sup>. A Constituição convertia-se em carta ideológica em função de tipos ideais jurídicos universais, mas sem a consideração das diferenças de organização política e jurídica entre os EUA<sup>284</sup>, marcados pelo federalismo desde o momento de sua colonização, e do Brasil, cuja estrutura pré-independência estava marcada por maior independência e autonomia dos entes municipais.

Assim, é imperativo que a constituição jurídico formal deve refletir a constituição social e histórica da comunidade nacional, sob pena de fundamentação do direito sob ideais abstratos e uma perda da adequação do direito à realidade dos seres (*ex facto oritur ius*) que evidenciam a necessidade de proteção a bens jurídicos fundamentais<sup>285</sup>.

No entanto, a proteção e a fiscalização do estado quanto a um ideal de bem comum devem ser exercidas de acordo mantendo-se a autonomia dos grupos intermediários, em apreço a formação da sociedade segundo a ordem natural: a partir da reunião espontânea de grupos ou de sociedade menores conservando a sua autonomia originária. A atuação do Estado, deveria estar fundamentada pelo princípio da subsidiariedade<sup>286</sup>, limitando a sua intervenção em caso de deficiência dos grupos intermediários; mantendo assim uma autossuficiência historicamente construída, que precede a unificação dos grupos sob a estrutura do Estado moderno<sup>287</sup>. Nesse sentido<sup>288</sup>:

---

*procedentes da Inglaterra. Aqui, rompeu-se com a tradição e com o direito histórico*” (SOUSA, galvão de, *perspectivas históricas e sociológicas do direito brasileiro*, 2022, p. 284 e 285).

<sup>283</sup> “ao ponto do prof. Goffredo Telles Jr. criticar para qual povo as constituições republicanas do brasil foram feitas?: “para a os estados unidos da américa? para a inglaterra?... o fato é que elas não tem nenhuma aparece na lei de leis confeccionadas sob medida para nossa terra” (TELLES JR., goffredo; apud SOUSA, 2020; p. 144)

<sup>284</sup> Ibidem, ver p. 274 a 277; *perspectivas históricas e sociológicas do direito brasileiro, (1) o direito português no brasil*; 2022. – Para entender mais a fundo a crítica ao constitucionalismo brasileiro na obra do autor, ver: O Brasil no mundo hispânico (1960), histórica do direito político brasileiro (1962) e a constituição e os valores da nacionalidade (1971).

<sup>285</sup> idem, op. cit, 2022; 189-190.

<sup>286</sup> O princípio da subsidiariedade supõe a autarquia no sentido aristotélico, isto é, a autossuficiência dos grupos e do governo próprio (idem, 2022, 190). Ver também sobre a atuação do estado: SOUSA, Galvão de; *conceito e sociedade da natureza jurídica, (suplemento)*; 2020, p. 79.

<sup>287</sup> Idem, op. cit, 2022, p. 190 e 191

<sup>288</sup> SOUSA, j. p. galvão de; *O que deve ser uma constituição*, 2020; p. 314

*“A nação é integrada por famílias e outros grupos cuja legítima autonomia é imprescindível seja respeitada pelo Estado. A constituição natural da família é anterior à do Estado, e muito importa que a lei do aparelhamento estatal não enseje que este venha a absorver as fundações da família e dos grupos autônomos.”*

Portanto, resta concluir que a teoria de direito natural do autor, longe de tornar o direito uma abstração, busca a reconciliação da ordem positiva a uma necessidade real de que o ordenamento positivo seja produto e reflita a própria organização social e política do meio no qual incide. O direito natural, inspirado na lei natural, enquanto núcleo fundamental, deve ser respeitado pelo legislador de forma prudente.

Concomitantemente, é o desenvolvimento autônomo e orgânico da sociedade, representado pelas suas instituições e tradição, que deve ser levado em consideração pelo legislador para a forma que esses princípios fundamentais se aplicam, durante a realidade constitucional. Assim, é somente mediante uma adequação do direito formal à experiência jurídica real da sociedade, que o ordenamento jurídico pode ser considerado justo; enquanto igualmente fundado nos princípios universais de justiça, contidos na lei natural.



### **Capítulo 3 – positivismo, direito natural e a experiência jurídica concreta**

Em princípio as teorias dos autores diferenciam-se quanto ao fundamento filosófico, mas a compreensão do próprio direito, no entanto, ainda que não seja possível uma síntese em termos absolutos, é possível encontrar certos pontos de debate. O objetivo do presente capítulo não é, portanto, demonstrar a predominância de um autor sobre o outro, mas demonstrar a possibilidade de interseção e divergência, em tópicos que já os diferenciam da maioria dos autores no contexto brasileiro da época.

Nos trabalhos de ambos se observa uma crítica ao positivismo, tal como comumente a se apresenta, isto é compreendido em sua variação normativa pura, ou ainda na fundamentação com um resquício de cientificismo. As críticas dirigidas pelos autores convergem na impossibilidade da teoria positivista explicar a realidade do direito sem reduzi-lo a modelos dogmáticos, sem a possibilidade de busca de um fator transcendente ou fundamental, visto que fecham-se ao estudo estrito dos fenômenos.

Paralelamente, ambos desenvolvem uma crítica a teorias que buscam a fundamentação do direito em elementos abstratos, reduzindo o ordenamento jurídico a um processo estático e uniforme que, capaz de ser desenvolvido logicamente. Desse modo, tanto em Galvão em Reale destrincham o fenômeno jurídico pelo qual a aplicação de certos elementos fundamentais, dedutíveis a partir da experiência ontológica do ser humano, se aplicam em todo o processo normativo, resultante em ordenamentos distintos, por conta de certos elementos que se afirmam concretamente, inertes a qualquer subjetivismo ou juízo de valor.

Ao ponto que o jurista Josef Kuntz havia previamente caracterizado Reale na corrente do neotomismo- ainda que sob a influência moderna- pela defesa Realiana do reconhecimento da pessoa humana como fonte de valores e da defesa de um ideal de bem comum. Embora o próprio Reale recuse, já que se trata das

consequências da teoria tridimensional, mas não os seus fundamentos primeiros<sup>289</sup>.

É certo, no entanto, que em ambos uma ressalva positiva expressa do pensamento de Giambattista Vico, como possibilidade de conciliação da norma como reflexo de uma postura humanista, que atribui valor a pessoa humana, mas ainda adequando-se às circunstâncias históricas. Em Sousa, Vico representa a necessidade de que a filosofia se construa com base nas condições históricas do homem, e que a dignidade do ser humano alcança-se com base na razão, e quando esta falha, nos princípios da lei natural.<sup>290</sup>

Por fim, mais de uma vez Galvão de Sousa cita Reale em suas obras<sup>291</sup>, no âmbito de demonstrar a relação necessária de normatividade com a realidade concreta, não podendo reduzir a norma a um produto lógico, nem fundamentar o direito a partir de ideais abstratos; tal como a reproduzir a crítica feita por Reale ao estado de natureza de Rousseau, o qual é ausente de qualquer amparo lógico ou histórico.

O paralelismo entre as filosofias dos autores resulta inevitavelmente no contraste entre a posição do direito natural em seu fundamento transcendental e transcendente, na fundamentação do direito e da justiça face a experiência concreta, e da legitimidade ou exigências concretas que se estipula ao processo de nomogênese

## **1-A crítica ao positivismo**

Galvão de Sousa dedica maior parte de *direito natural, direito positivo* (1940) na sua crítica às teorias positivistas alternativas, que surgiram na tentativa de fundamentar o direito e a norma jurídica a algum aspecto universal do ser humano, visa demonstrar a incapacidade de parte dos autores de justificarem a norma jurídica na própria legitimidade do processo normativo. Assim o

---

<sup>289</sup> REALE, ob. Cit, 1994, pgs. 129-130

<sup>290</sup> SOUSA, ob cit, 2022, p. 85 a 87

<sup>291</sup> SOUSA, ob. cit, 2020, p. 114 e 161.

positivismo jurídico, reduzindo a norma a um logico-independente, acabaria por tentar negar o direito natural em sua corrente clássica, tendo sido influenciados pelo ceticismo e empirismo do método científico oriundo das ciências emergentes do século XIX<sup>292</sup>.

A crítica de Galvão, no entanto, estende-se a todas as teorias jurídicas, que na medida que negam a existência do direito natural, buscam fundamento jurídico para além dos esquemas dogmáticos. Assim é a própria realidade da aplicação das teorias positivistas que demonstram a necessidade de fundamentação do direito a um elemento universal de justiça; na medida que o positivismo puro já havia se demonstrado incapaz de diferenciar a norma da vontade política/legislativa, deixando que o direito se fundasse por meio do arbítrio e da força<sup>293</sup>:

*"todos aqueles autores, cujas doutrinas aqui foram examinadas, mostram que o direito tem por fundamento um princípio resultante da própria natureza humana. Resignam-se uns com atribuir às imposições da força social — poder absoluto do sobertade do povo — o valor de princípio fundamental de toda a ordem jurídica. Mas os positivistas que compreendem a necessidade da filosofia jurídica para justificar o direito positivo e dar uma explicação satisfatória do sentimento de justiça, ao qual repugna a identificação do direito com a força, — esses nos conduzem inelutavelmente à noção do direito natural."*<sup>294</sup>

Em Reale, também há uma crítica ao positivismo, enquanto parte do problema da divisão dos campos do direito na dogmática jurídica, na sociologia e na filosofia. A filosofia influenciada pelo positivismo de Auguste Comte, deveria adequar-se aos padrões investigativos estritos e a observação empírica, bem como uma lógica físico-matemática. Assim o papel da filosofia seria limitado a reafirmação das conclusões científicas cujos resultados deveriam completar e organizar.<sup>295</sup>

O que ocorre, no entanto, é que a filosofia, bem como a sociologia ficam limitadas a análise de elementos a-apriorísticos do processo de nomogênese, sem poder no entanto, opinar sobre os aspectos de validade e eficácia das leis. Cria-se efetivamente um problema epistemológico, no qual separa-se o objeto da filosofia do direito a realidade normativa e as suas consequências práticas. A Reale parece

---

<sup>292</sup> Sousa, ob. Cit, 2022, pgs. 51 e 52

<sup>293</sup> SOUSA, ob. Cit, 2020, pg. 161

<sup>294</sup> Ibidem, ob. Cit, 2022, p. 52

que embora seja possível dizer que o jurista e o filósofo estudem a norma jurídica sob diferentes aspectos, afim de que se possa ter uma visão unitária de toda a experiência jurídica, é necessário uma análise da norma mais abrangente, cabendo justamente ao filósofo indagar acerca das razões universais e fundantes de todos os modelos possíveis.<sup>296</sup>

Observa-se, portanto, que em ambos os autores há uma crítica ao positivismo em seu formalismo teórico mais puro, na qual toda a possibilidade de estudar o fundamento do direito, reduz-se a uma análise da norma já constituída, mas não na busca de seus fundamentos primeiros. Efetivamente a compreensão do fenômeno jurídico na qual não incidem aspectos de natureza axiológica ou externa à norma, mas se limita a lei positiva e a jurisprudência.

Em justaposição, percebe-se a defesa da filosofia enquanto arte investigativa necessária a compreensão do direito em seus fundamentos e sua aplicação. Em Reale a filosofia não se apresenta somente como uma ciência dos primeiros princípios, capaz de fazer um exame crítico das condições de certeza da própria ciência, mas ato humano voltado a busca da totalidade de sentido, ainda que a verdade possa não ser empiricamente comprovável ou racionalmente compreendida<sup>297</sup>.

Em Galvão, a filosofia constitui a forma pela qual podemos racionalmente compreender as verdades de uma ordem transcendente. No contexto jurídico, o distanciamento da investigação filosófica, e em especial metafísica, significou a perda da possibilidade de estudo dos elementos fundadores dos atos e dos juízos humanos. As teorias positivistas e cientificistas que buscavam a fundamentação do direito, o faziam em face de uma compreensão de natureza ligada a aspectos psicológicos ou biológicos. Assim, na perda da noção da natureza humana, em sua plena dignidade metafísica, reduziam o direito natural a

---

<sup>295</sup> REALE, ob. Cit, 2002, p. 14 a 17

<sup>296</sup> Ibidem, ob. Cit, 1994, p. 13

<sup>297</sup> Idem, ob. Cit, 2002, p. 6 e 33.

uma noção determinista e caricata do ser humano, reagente a estímulos sociais e capaz de ser reduzido a uma unidade numérica, face ao elemento coletivo<sup>298</sup>.

## 2- O Direito Natural

Nesse ponto a opinião dos autores diverge consideravelmente. Reale considera a noção do direito natural como um conjunto de valores ideais que são necessários para a compreensão do direito positivo. De modo que o entendimento do autor é que o a defesa de um direito natural de inspiração aristotélico-tomista, significaria a possibilidade de estabelecer a-priori, uma estrutura normativa, válida por si só e capaz de fornecer a compreensão e o fundamento da norma positiva<sup>299</sup>.

Similarmente, a realidade axiológica do valor, não poderia ser compreendido tipo ideal, a ser dado pela categoria do *ser*<sup>300</sup>, mas, como objeto fundado no *dever ser*, podendo ser compreendido somente sobre o escopo da pessoa humana, fonte de todos os valores; que necessariamente encontra-se inserida na realidade histórico-cultural<sup>301</sup>.

Nesse sentido, a preocupação de Reale com a aceitação do direito natural não advém da distinção de natureza e cultura, feitas pelos autores influenciados por Kant, mas do processo pelo qual o valor afirma que a realidade de valor não pode ser compreendida como um elemento abstrato, mas algo que se conceitua na própria realidade, através do processo ontognoseológico. O valor não pode ser confundido com a própria norma jurídica, imanentizar-se a ela - como Hegel acabaria demonstrando mediante a sua dialética histórica<sup>302</sup>; nem pode ser compreendido como elemento ideal, incapaz de relacionar-se a norma jurídica e a realidade por ela disciplinada<sup>303</sup>.

---

<sup>298</sup> Ver nesse sentido- SOUSA, *das relações entre o homem e a sociedade segundo são Tomás de Aquino*, 1986.

<sup>299</sup> REALE, ob. Cit. 1984, pgs. 45 e 46

<sup>300</sup> Isto é, a realidade do valor não pode ser compreendida somente como passagem de *potência* para o *ato*, conforme o princípio do movimento metafísico, mas requer um processo de experiência que só pode se dar de forma gnoseológica, sob a experiência histórica do sujeito observador.

<sup>301</sup> Ver Ibidem, p. 62

<sup>302</sup> REALE, ob. Cit. 1984, pgs. 8 e 9

<sup>303</sup> Ibidem, p. 48

Consequentemente, Reale adere à teoria do direito natural transcendental, de inspiração originariamente kantiana, no qual as invariantes axiológicas -valores que parecem ser inatos devido a sua amplitude- representam um núcleo axiológico comparável ao núcleo do direito natural. o direito natural nessas circunstâncias tem caráter puramente abstrato, enquanto existe a-prioristicamente, subordinando-se as exigências histórico-culturais pertinentes a cada época histórica<sup>304</sup>.

Para Galvão a questão do direito natural, configura elemento central de sua obra. A defesa do direito natural nos termos da perspectiva clássica, visa demonstrar essencialmente a alteração do direito natural de bases metafísicas para o direito natural racionalista, para Grócio, levaria a uma mudança da fundamentação acerca do direito natural, até o páleo-direito de Rousseau, e o direito apriorístico de Kant; levando, finalmente a ascensão do positivismo jurídico.

Efetivamente, conforme demonstrado anteriormente, as teorias jusnaturalistas que sucederam a escolástica, influenciadas pelo contexto da discussão do empirismo e racionalismo em descartes, viriam a buscar a fundamentação do direito através de raciocínios lógicos, ideais ignorando as estruturas jurídicas pelas quais a sociedade organicamente se estruturava.

Desse modo o direito natural passara a ser entendido como uma série de direitos subjetivos a serem percebidos aprioristicamente pela razão, mediante um abuso do método dedutivo, e posteriormente a serem reconhecidos pelo processo normativo. Essencialmente o direito natural passou a ser visto como uma etapa antecedente do processo normativo, sendo finalmente reduzido a meros ideais abstratos, a serem criticados, merecidamente, afirma Galvão, pela falta de adequação com a realidade empírica. Assim afirma Galvão:

*“bebendo das fontes do apriorismo do ser kantiano e o idealismo de descartes, a inteligência humana fecha-se dentro de si mesma, perante a impossibilidade de compreensão do ente em si e do transcendente, e busca-o em nova investigação do imanente, reformulando os aspectos da gnose. no direito, a separação do*

---

<sup>304</sup> Idem, ob. Cit, 1984, p. 3

*direito natural da lei eterna, leva a negação completa do direito natural pelo positivismo, e da valorização absoluta do direito positivo em seu lugar*”<sup>305</sup>

Em paralelo, a investigação do fenômeno jurídico através do realismo metafísico, em comparação, não se restringia ao estudo dos objetos ideais/universais, mas antes da busca pela essência dos entes através da observação da própria realidade concreta<sup>306</sup>. Portanto, seria impossível falar de direito natural somente na dimensão dos elementos fundamentais, mas antes deve estar inserido na realidade concreta da vida comunitária; já que a dimensão do homem, do ser, é efetivamente social e histórica.

Mais propriamente, é Tomas de Aquino que melhor percebe que a dicotomia entre direito natural e direito histórico/prático resulta antes da distinção entre a realidade da razão teórica e prática. A observação da natureza permite a dedução de elementos primários a orientar o seu agir (“a arte se inspira na natureza”<sup>307</sup>), mas se trata de um conhecimento teórico; cabendo a sua inteligência a orientação de como e quando agir; mediante a razão prática<sup>308</sup>.

De modo que, pode-se dizer que há direito natural quando o ordenamento jurídico positivo reflete a adequação aos princípios básicos oriundos da lei natural. Os princípios primeiros da lei natural são passíveis de dedução racional em todas

---

<sup>305</sup> SOUSA, Galvão de; *Das relações entre o homem e a sociedade segundo s. Tomás de Aquino*; p. 126, 1976.

<sup>306</sup> Nesse aspecto bem sintetiza Ferraz Costa: “A objeção positivista esta subjacente o problema epistemológico, segundo o positivismo, só é valido o conhecimento sensível que atinge somente os fenômenos, jamais as essências, (...) não é legítimo afirmar uma natureza humana que transcenda as contingências históricas e os fenômenos culturais.(...) a tal objeção positivista poderia responder brevemente que o conhecimento humano, partindo dos acidentes, permite-nos atingir a substancia e que esta nos ajuda a conhecer melhor aqueles. No caso do homem podemos afirmar sua natureza de ser racional e livre justamente a partir da observação sensível do seu comportamento livre, isto é, o acidente ação nos revela a substância, e a partir da essência humana fica mais fácil compreender a conduta do homem”(FERRAZ COSTA, *a relação entre o direito natural e o direito histórico nos fundamentos do pensamento político de José Pedro Galvão de Sousa*, p. 29 e 30)

<sup>307</sup> nesse sentido arte, pode ser entendido como a técnica, como a técnica jurídica, ou os predicados morais. Ver nesse sentido: FERRAZ COSTA, ob. Cit., 2021, p. 42 e 43.

<sup>308</sup> “Como já dissemos, a lei natural pertence àquilo a que o homem naturalmente se inclina, e nisso se inclui a sua inclinação própria a agir segundo a sua razão. Ora é próprio à razão proceder do geral para o particular, como está claro em Aristóteles. Mas o modo de proceder da razão especulativa difere do da prática [...] por onde é claro que, quanto aos princípios gerais da razão especulativa ou pratica a verdade ou retidão é igual para todos e é de todos igualmente conhecida [...] assim todos tem como reto ou verdadeiro que devem agir segundo a razão e deste princípio resulta a conclusão particular que se devem restituir os depósitos”(AQUINO, st. tomas de; *Suma teológica*, Ia IIae 2020p. 568 e 569)- trata-se de extensa citação, mas esclarecedora quanto os elementos contingentes da razão especulativa.

as circunstâncias, independentemente da razão prática. Entretanto, faz-se necessário a virtude da prudência para a formulação de uma norma positiva no qual os mesmos estejam contidos.<sup>309</sup>

Consequentemente, existe a possibilidade de que a lei natural não seja aplicada de forma uniforme, pela variação dos elementos subjetivos do ser (ontológicos). Assim como, se podem deduzir princípios secundários a partir da lei natural, a partir da experiência prática, que denota as necessidades emergentes, e a prudência, de modo a mediar a aplicação dos mesmos.

Em suma, para Reale o direito natural nada possui de contraditório, na medida que atende a certas necessidades subjetivas do homem, que não constituem em si só direito, mas valor a ser a-posterior convertido em norma, como o desejo por justiça, harmonia, preservação da espécie. No entanto a diferença principal está em que nem o direito natural (às invariantes) vincula o homem a um modelo estático de natureza, nem a norma jurídica dele referente.

Paralelamente a teoria do direito natural expressa na obra de Galvão de Sousa, não constitui mera imanentização do direito ideal no direito positivo, concordando com a frase de Reale em partes, de que não existe direito natural a-histórico. De modo que o direito natural em Galvão constitui, de reconhecimento de princípios fundamentais mediante o uso da razão, e de produção de um ordenamento jurídico histórico-mutável, em adequação as próprias circunstâncias sociais nas quais está inserido, enquanto desdobramento de sua própria experiência natural e ontológica<sup>310</sup>.

Sob o enfoque inverso, as considerações de Reale, em certos momentos, encontram-se inseridas na crítica que Galvão faz do jusnaturalismo racionalista de matriz kantiana: no qual a defesa de fundamentos primeiros a serem aplicados de forma a-priorística, afastando-se da realidade do direito e do juízo acerca das

---

<sup>309</sup> SOUSA, ob. Cit, 2022, p. 28 e 29.

<sup>310</sup> Ver nesse sentido, SOUSA, Galvão de, ob. Cit, 2022, p. 80 e HERVADA, ob. Cit, 2008, p. 71 e 72



condutas humanas, resultam em fundamentos gerais e abstratos, transformando o direito natural em um direito ideal, inatingível<sup>311</sup>.

No entanto, pela defesa do autor na perspectiva de uma ontognoseologia, ao invés de uma gnoseologia, demonstra a necessidade de ater-se as circunstâncias históricas e concretas que fundamentam o juízo. Assim, a valoração da norma jurídica, deve levar necessariamente em consideração as circunstâncias da experiência do sujeito observável, que se coloca como fonte de todos os valores; mais especificamente, na sua realidade historicamente situada.

### **3- A crítica ao normativismo abstracionista e a necessidade de uma experiência jurídica concreta**

Reale em suas considerações demonstra que formalismo positivista liga resulta no culto legal e na perda de contato da realidade normativa com a realidade histórica e os valores ideais. Enquanto as soluções emergentes, que se colocavam contra o empirismo e o positivismo, faziam isso por meio do apriorismo formal dos kantianos.

Porém, conforme já demonstrado pelo próprio autor, na aplicação da teoria kantiana ao direito surgem complicações ao relacionar a experiência formal da norma com a experiência dos comportamentos humanos. Ao ponto de que os autores influenciados por tal formalismo recorreriam ao mundo da cultura como uma das soluções possíveis. No entanto sob o espectro de tais teorias Reale demonstra que a solução encontrada pelas escolas culturalistas e por Scheler e Hartmann, reduziram o elemento cultural-axiológico a um tipo ideal sem a descrição de que modo se integrava na formação da norma jurídica<sup>312</sup>.

Mais especificamente, o estudo do direito enquanto objeto, revela-se vinculado às percepções de Reale acerca da natureza do valor, não como elemento ideal, mas a ser dado pela categoria do *ser*, inserido no processo de conhecimento do ser humano, que se coloca como fonte de todos os valores. (historicismo

---

<sup>311</sup> Ver considerações no capítulo 2, tópico 5.1.

<sup>312</sup> Ver capítulo 1, tópicos 2.2 e 4.1 do presente trabalho

axiológico). O direito, conseqüentemente, não é produto somente de certos valores culturais ou axiomas culturais, mas a norma atual é uma expressão do espírito enquanto posto no tempo, mas conservando a sua possibilidade de modificação (mediante a síntese dialética). Assim tanto o direito, enquanto objeto histórico-cultural, só pode ser compreendido dialeticamente, mas a própria experiência histórico-cultural é melhor compreendida através da dialética<sup>313</sup>.

Desse modo, Reale demonstra a necessidade de superação tanto da visão de valor posta pela gnosiologia kantiana quanto a impossibilidade de subordinar o *eu* a forma de um processo dialético-histórico estático. Nesse sentido, afim de explicar a relação do ser humano com a experiência jurídica, fazendo-se necessário superar tanto a visão de Kant quanto de Hegel<sup>314</sup>.

É através da observação do fenômeno sobre a realidade do *lebenswelt* que Reale estipula a realidade objetiva e subjetiva do direito sob um processo de moldes dialéticos. A norma jurídica, compreendida como uma objetivação racional de certas condutas e intenções a serem protegidas convive com a experiência espontânea da vida humana, como abertura axiológica, aos novos valores e juízos a serem objetivados em norma<sup>315</sup>.

Mais ainda, a teoria tridimensional não se limita a associar os elementos do ser e do valor que se encontram na norma jurídica, mas servir como modelo a fim de explicar o desenvolvimento do direito no plano histórico-cultural, como espelho de um processo de síntese do espírito humano, do próprio indivíduo. Desse modo a realidade subjetiva e a objetiva do direito e da moral fazem parte de um mesmo processo<sup>316</sup>.

Em Galvão de Sousa, o direito esta intrinsecamente relacionada à realidade política, enquanto reflexo das reais interações humanas. A realização do direito

---

<sup>313</sup> REALE, ob. Cit, 1992, p. 27

<sup>314</sup> Ibidem, p.136

<sup>315</sup> REALE, ob. Cit, 1992, pgs. 270 e 271

<sup>316</sup> “correlacionar a experiencia ética sem reduzir uma à outra, eis, a meu ver, a primordial condição para um conceito integral de experiencia jurídica” - Ibidem, p. 28

natural, a partir da formação orgânica da sociedade assim como a lei natural decorre do conhecimento de uma realidade ética superior que vincula de certa forma ação humana. Enquanto o direito positivo consiste na positivação de padrões que surgem espontaneamente, ordenadas segundo as necessidades primárias individuais e dos fins últimos e evidentes da comunidade.

Nesse sentido, a crítica de Galvão às posições jusnaturalistas dá-se antes à perda de contato com o costume jurídico como também com a perda do poder legislativo que passa a ser concentrado na organização política do Estado. A mudança da perspectiva acadêmica com o renascimento e o iluminismo, que deram origem as teorias jusnaturalistas racionalistas e as consequências políticas das revoluções liberais do século XVIII, levariam à formulação da sociedade mediante valores, que apesar de relevantes, estavam presente somente como tipos ideais (soberania, liberdade, igualdade).

Enquanto na prática, observava-se a retirada de poder de grupos locais para a entidade nascente do Estado moderno, mediante uma centralização do poder legislativo e administrativo; subordinando-se aos interesses sociais por meio do contrato social constitucional<sup>317</sup>. Efetivamente, na perda da autonomia legislativa real dos grupos bem como das noções jurídicas clássicas do direito natural, o direito tem a tendência de tornar-se meras disposições arbitrárias do poder soberano ou legislativo, sob o pretexto de um ideal abstrato de bem coletivo.

A crítica de Galvão de Sousa não advém contra o constitucionalismo, mas de uma necessidade de que a constituição seja reflexo de uma organização política que precede à função legisladora do Estado (semelhante à realidade da *lebenswelt*), que já exhibe assim as suas particularidades, não só institucionais, mas elementos de natureza axiológica, por meio da tradição, reflexo da unidade social e maneira de ser de cada povo<sup>318</sup>.

---

<sup>317</sup> A fim de evitar indesejada repetição, ver capítulo 2, tópicos 4.3 e 4.4 do presente trabalho.

<sup>318</sup> Nesse sentido, cabe ressaltar que se encontra em grande parte da obra do autor uma exposição verdadeiramente histórica e sociológica da questão do constitucionalismo e da realidade jurídica brasileira, que não fora exposta a fundo no presente trabalho, por não encontrar similar respaldo

Efetivamente Galvão demonstra através de seus estudos comparados que, diferente do ideal rousseauiano do estado de natureza antes do estado já havia uma nação, uma comunidade histórica de caracteres peculiares de costumes, aspirações comuns, patrimônios culturais, a qual a constituição, como lei orgânica do estado deveria refletir<sup>319</sup>.

Face a Reale, observa-se também a noção de que a realidade jurídica reflete os fundamentos da realidade política. A política é uma exigência fundamental do homem, e conforme ensinara Aristóteles, ela visa não o bem individual, mas o bem comum, a atingir o bem da comunidade em seu todo. O direito, na prática não se diferencia da política e de suas finalidades, mas antes traduz essas finalidades, colocando-se em um campo intermédio<sup>320</sup>.

Portanto, tanto em Reale quanto em Galvão o Direito está intrinsecamente ligado a perspectiva social, chegando a defender a ligação do direito a política em um caráter finalístico, e da impossibilidade de alcançar um direito puro, dissociado das influências ideológicas. A diferença resume-se, sobretudo, a perspectiva culturalista. Na medida que o bem comum em si não indica uma finalidade a parte, mas cujo significado é atribuído face a experiência jurídica. Que consiste efetivamente na liberdade de atribuir valor e designar o valor juridicamente relevante. Atividade essa que se dá somente mediante a realidade da experiência vivida<sup>321</sup>.

Enquanto em Galvão de Sousa, a perspectiva do bem comum, denomina a realidade de busca pelo bem em si, e pelo último aspecto ao bem transcendente. No entanto, a realidade axiológica se deduz a partir dos contornos da própria realidade social, através da experiência da representação. A constituição deve antes, refletir a organização e princípios oriundos do meio político ao qual se aplica; devendo para tal assegurar a autonomia histórica que gozavam os grupos

---

comparativo nas obras de Miguel Reale. Tal assunto já tendo sido brevemente tratado no capítulo 2, tópico 5.4.

<sup>319</sup> SOUSA, Galvão de; *perspectivas históricas ou sociológicas do ordenamento jurídico brasileiro*; in: Obras reunidas de José Pedro Galvão de Sousa, 2020, p. 287-289.

<sup>320</sup> REALE, ob. Cit, 1984; p. 65

intermediários, antes da planificação e centralização do estado, sob a qual houve o desenvolvimento natural daquela sociedade com valores e instituições próprias<sup>322</sup>.

---

<sup>321</sup> REALE, ob. Cit, 1992, p. 30

<sup>322</sup> SOUSA, ob. Cit, 2020, p. 290, 291, 306 e 307

## Conclusão

Ao comparar o pensamento de dois filósofos, ainda que de mesma escola de pensamento, surgem inúmeras diferenças, não somente face as diferentes experiências que moldaram a sua percepção da realidade, mas quanto aos aspectos únicos e irrenunciáveis de cada personalidade. No caso de Galvão de Sousa e Miguel Reale, cuja filosofia diverge consideravelmente, observamos isso na própria forma e finalidade dos textos.

Em Galvão de Sousa, apesar de inequivocamente acadêmica, a sua obra está marcada por uma postura de defesa assídua do Direito natural e das suas aplicações, propensão essa que se encontra inclusive nas suas obras mais despretenciosas, como sua *iniciação à teoria do estado* (1976). Em contrapartida, Reale coloca a sua teoria tridimensional no seu manual de *filosofia do direito* (2002), mas de maneira acessória, na medida que se atem à finalidade de manual a fornecer ao leitor uma visão introdutória da disciplina de filosofia do direito e dos autores que considera essenciais.

Essa consideração não deve ser entendida em si mesmo como crítica a teoria de quaisquer dos autores, mas ressalva, a chamar a atenção para entender cada filosofia de acordo com a finalidade do autor, não sendo por esse aspecto, menos verdadeira. Razão pela qual, também, em Galvão de Sousa, as suas considerações sobre a sociedade política e sua recapitulação histórica do desenvolvimento do pensamento jurídico, se colocam como elementos indispensáveis em uma dissertação sobre o autor; pois servem como investigação subsequente na tentativa de mostrar a validade da sua teoria<sup>323</sup>.

Enquanto em Reale, observa-se maior distanciamento das considerações pessoais das obras acadêmicas, na medida que as considerações políticas do autor e os comentários acerca da realidade nacional, não encontram respaldo em suas

---

<sup>323</sup> Poucos trabalhos foram empreendidos sobre a vida e obra de J. P. Galvão de Sousa, mas a leitura atenciosa do autor leva-nos a impossibilidade de compreender por concreto a teoria jurídica do autor da sua filosofia política. No caso a sua teoria política, não se reduz a mera parte de seu pensamento dissociado da teoria da lei natural que defende, mas antes o substrato necessário para

obras mais notáveis. No mais, pensamos por bem em focar na teoria tridimensional do autor, que constitui a sua posição filosófica definitiva do autor capaz de explicar a realidade jurídica; considerando outros aspectos trazidos pelo autor como meras consequências de sua aplicação.

Quanto as posições filosóficas dos autores, logo observamos notável e insanável divergência. Em Galvão de Sousa, a defesa do direito natural, parte de uma filosofia metafísica, não alheia aos problemas gnoseológicos, mas para a qual a distinção entre a experiência racional e empírica e da separação de *ser* e *dever-ser* posta por Kant. Nesse sentido, grande parte da discussão da teoria tridimensional de Reale, consiste nessa tentativa de conciliar a realidade empírica com a racional. As consequências práticas do pensamento kantiano, de repúdio a metafísica, as quais Galvão de Sousa não adere, ofuscaram a possibilidade de conhecimento do objeto em si, reduzindo o estudo filosófico do mesmo a um estudo gnosiológico<sup>324</sup>.

Face a isso, a distinção feita por Reale, evita as consequências lógicas do pensamento kantiano, ao ligar o processo gnosiológico ao ontológico, o autor reconhece que é na própria percepção do ser observador, (que é em si objeto) também se insere ele em um processo de desenvolvimento, de realização face às circunstâncias pessoais e históricas, que influem na percepção do próprio sujeito, na forma clássica enunciada por Ortega<sup>325</sup>.

---

demonstrar a possibilidade e a necessidade de fundamentação do ordenamento jurídico a partir da lei natural, bem como das circunstâncias sociais e políticas das quais aquele ordenamento origina.

<sup>324</sup> *Transcendental é aquilo que se põe antes da experiência, como condição lógica de sua compreensão muito embora só nos possamos dar conta dessa verdade no decorrer da experiência. Não se confunda “transcendental” com “transcendente”. A transcendência implica a aceitação e a cognoscibilidade de um mundo de fins ou de valores além daqueles que se tomam objeto de nossa experiência concreta. A “transcendentalidade” indica apenas as qualidades a priori do espírito, como condição do conhecer. Sob certo prisma, poder-se-ia dizer que transcendental se refere aos pressupostos lógicos dos entes, enquanto que, transcendente diz respeito à sua consistência ontológica: o primeiro é um conceito de significação gnoseológica; e o segundo é um conceito de alcance metafísico. No idealismo kantiano, a “coisa em si” jamais se toma racional, porque jamais é apreendida por nosso espírito.* (REALE, Miguel, ob. cit, 2002, p. 121).

<sup>325</sup> Sobre essa questão, nos esclarece ORTEGA: “temos que buscar nossa circunstância, tal qual ela é, precisamente no que tem limitação, de peculiaridade: o exato lugar da imensa perspectiva do mundo[...]minha saída natural para o universo se abre pelos desfiladeiros da serra de Guadarrama ou pelo campo de Ontingola. Esse setor da realidade circunstante forma a outra metade da minha pessoa: só através dele posso me integrar e ser plenamente eu mesmo (ORTEGA Y GASSET, José; meditações do quixote, 2019, p. 31 e 32). Também nos é útil o que afirma RAMÍRES, sobre o autor espanhol: *Dentro do âmbito da minha vida, que é a realidade*

Assim Reale discorda da teoria Kelseniana na impossibilidade de se enunciarem valores puros, mas é na através da experiência, da vivência real da realidade jurídica que tais valores se afirmam, de acordo com a fórmula dialética que se confunde, ou se baseia, na síntese do próprio espírito humano. Assim ressalta o autor:

*“Pode-se dizer, pois que pela sua própria natureza, o direito se destina à experiência e só se aperfeiçoa no cotejo permanente da experiência correspondente ao ser axiológico., **experiência essa que não se reduz a uma adequação extrínseca, a uma tábua de referências fáticas ou a paradigmas de valores ideais**, nem se resolve numa unidade indiferenciada, mas conserva, como condição de seu próprio “experiri”, a dialeticidade problemática e aberta dos fatores que nela e por ela se correlacionam e se implicam, na unidade de um processo ao mesmo tempo fático, axiológico e normativo. No fundo “direito como experiência” ou “experiência jurídica” significa “concretude de valoração do direito”, o qual não pode ser concebido ou construído como um objeto de contemplação, ou uma pura seqüência de esquemas lógicos através dos quais se percebe fluir, à distância, a corrente da experiência social, com todos os problemas a que com tais esquemas se pretendia dar resposta; as suas normas são deontologicamente inseparáveis do solo da experiência humana.”*<sup>326</sup>

Face a essa perspectiva dual entre experiência e *ser*, o realismo metafísico demonstra-se mais prático porque compreende as limitações inerentes aos entes e ao processo de conhecimento: para além das limitações sensíveis e intelectíveis do sujeito, mas também no próprio objeto que não se manifesta em sua essência, em sua totalidade, mas só pode ser percebido mediante os seus acidentes. Essencialmente no debate metafísico, a questão do direito e dos valores se dá em um âmbito ontológico, das limitações do ser e do objeto que lhe são próprias<sup>327</sup>.

---

*radical, está, segundo Ortega, o mundo ou a circunstância, assim como estou eu, como partes integrantes daquela mesma, porque viver é, por um lado, tratar com o mundo, dirigir-se a ele, atuar nele, ocupar-se dele. E nesse sentido, a vida é circunstância. [...] A realidade circunstante forma a outra metade da minha pessoa se alojando nela, e somente através dela posso integrar-me e ser plenamente eu mesmo* (RAMÍRES, Santiago, 1958, *La filosofía de Ortega y Gasset*, p. 247, tradução nossa).

<sup>326</sup> REALE, ob. Cit., 1994, p. 31, grifos nossos.

<sup>327</sup> “Enquanto no realismo o conhecimento é uma captação da res, ou uma apreensão do real, no idealismo vemos a tendência de subordinar tudo a esquemas ou “formas” espirituais. No idealismo, em suma, declara-se que o homem, quando conhece, não cópia uma realidade exterior a dada, mas cria um objeto com os elementos de sua subjetividade, sem que “algo” gnoseologicamente (note-se esta limitação ao plano do conhecimento) preexistia ao “objeto” (REALE, ob. Cit. 2002, p. 117).



Isto é, examinando a barreira aparentemente intransponível que se forma entre a realidade do ser e do *dever-ser*, entre o mundo da natureza e o mundo do espírito; parece-nos antes se tratar de uma questão ontológica, na medida que ambos o *ser* e o *dever-ser* estão contidos no homem, um enquanto ato e o segundo enquanto potência. Assim novamente Aristóteles nos é útil ao demonstrar que na natureza humana está contida um processo de realização do ser, na passagem de potência para o ato, estando já contidos no próprio ente o *ser* e o *dever-ser*.<sup>328</sup>

Sendo assim a impossibilidade de realização de um direito natural abstrato, enquanto ordenamento positivo fundamentado na lei natural, não se dá por conta das limitações a-priori da racionalidade humana; mas antes de uma limitação ontognoseológica do próprio fenômeno do direito. O direito reflete antes uma relação com a realidade a qual disciplina, que só pode se dar historicamente, assim como não se pode conhecer a realidade sem o objeto reconhecido (elemento gnosiológico). Bem como pode estar limitado as falhas e particularidades de determinado sujeito (elemento ontológico). Nesse sentido, afirma Galvão de Sousa<sup>329</sup>:

*“Tanto com referência à lei natural, quanto ao direito natural como expressão do justo objetivo ou no sentido de direito subjetivo natural, o termo “natural” significa algo intrínseco e essencial, e não accidental e contingente. [...]. Não basta, porém, a consideração das coisas em si mesmas; importa ainda, para haver direito e poder-se falar de obrigação ético jurídica, a existência de um nexo axiológico entre a coisa e a ação humana, entre o ser e o dever ser. Este nexa é estabelecido pelos princípios da lei natural, e os correspondentes direitos, na ordenação dos atos humanos para os fins humanos”.*

---

<sup>328</sup> Nesse sentido, muito nos esclarece Hervada: “isso ocorre no âmbito do homem enquanto se compreende que seu ser é dinâmico e perfectível, ou seja, que contem em si uma potencialidade de perfeição[...]dado que o ser do homem está entitativo imerso em um processo de realização no que se refere a alguns fins, cuja consecução o leva a um modelo mais pleno e enriquecedor de ser, cabe o transito do ser para o dever ser. É propriamente nesse caso que é possível falar de dever-ser. O dever-ser não é uma forma a priori, sem realidade substantiva, mas uma exigência de ser, enraizada na ontologia do ser.” (HERVADA, ob. cit, 2008, p. 46 e 47).

<sup>329</sup> E posteriormente continua: “Razão e experiência conjugam-se, pois, no conhecimento do direito natural, que não é produto de apriorismo descabido ou de pretensas ideias inatas, malgrado assim o tenham entendido as concepções racionalistas dos séculos XVII e XVIII. Os primeiros princípios são atingidos à luz natural da razão; e a experiência, ou seja, o método de observação, faz conhecer a natureza humana em seu dinamismo teleológico. [...] No direito natural encontra o direito positivo a razão última e essencial da justiça de seus dispositivos, a ratio juris. Não fosse esse critério de justiça, num plano de objetividade reconhecido pela inteligência, e o direito ficaria reduzido a simples produto da vontade arbitrária do legislador ou dos poderes discricionários do chefe” (SOUSA, ob. Cit, 1998, p. 180; grifos nossos).

Portanto, a filosofia de Galvão de Sousa não descarta os elementos axiológicos e gnoseológicos do debate jurídico ao defender a revelação progressiva do direito com base no intelecto humano. Relacionando o reconhecimento de um fundamento último transcendente para o direito, com a percepção dos seus desdobramentos mediante os juízos da razão prática; que requerem a necessária diligência e prudência do legislador para o reconhecimento de instituições jurídicas que se formam histórica e organicamente.

Nesse último aspecto, o elemento da tradição, sempre ressaltado na filosofia política do autor, apresenta-se como reflexo cultural e orgânico daquela sociedade, surgindo espontaneamente. O elemento da tradição configura, portanto, como o núcleo axiológico já presente naquela sociedade. Efetivamente, demonstrando que a realidade axiológica já está contida na realidade fática (e não são paralelas como na dialética Realiana), mas deve ser percebida pela razão prática do legislador. Essa que, de forma prudente, deve adequar a norma constitucional positiva à constituição orgânica da nação, isto é, a essência e forma de viver daquele povo.

Consequentemente, a teoria de José Pedro, representa a possibilidade de uma defesa do direito natural, sem incorrer no erro apontado por Reale ou Bobbio, de formular um direito natural (enquanto ordenamento jurídico) a-histórico<sup>330</sup>. Ao contrário, o direito natural fundamentando em um ideal de justo transcendente, mais racionalmente reconhecido<sup>331</sup>, se coloca essencial para vincular a autoridade e a certeza do direito em uma expressão maior que a vontade soberana ou o poder

---

<sup>330</sup> “*apenas se desvinculado da ideia de um direito natural metafísico, extra-histórico, eterno e imutável, o Jusnaturalismo ainda pode ter um lugar na cultura jurídico-política hodierna. E, na realidade, o próprio Jusnaturalismo católico, que sempre rejeitou a variabilidade histórica do direito natural (aliás não excluída por S. Tomás, em quem tal Jusnaturalismo se inspira), parece atualmente inclinado a reconhecer-lhe uma dimensão histórica*” (BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, nicola, PASQUINO, guianfranco; *Dicionário de política, volume 1*; 1998)

<sup>331</sup> “*Em suma, a lei natural, no sentido de lei moral, consiste em normas segundo as quais o homem viverá como homem - sem se deixar animalizar, arrastado por tendências inferiores ou dominado pelas paixões - observando sempre a justiça e procedendo retamente para com todos. Seus primeiros princípios são de evidência imediata, a partir daquele princípio primeiríssimo: bonum faciendum, malum vitandum, o bem deve ser feito e o mal, evitado. Quanto a saber o que é o bem para o homem, isto resulta do conhecimento da natureza humana, quer dizer, da observação e da experiência. Daí procedem os princípios secundários da lei da natureza, conforme a ordem das inclinações naturais, assim enumeradas por Santo Tomás de Aquino (1225?-1274), no Tratado das Leis da Summa Theologica*” (Ia. IIae., q. 94, a. 2)- SOUSA, ob. Cit, 1998, p. 311.

político. Enquanto, aplicado à realidade histórica, da elaboração legislativa e da jurisprudência, a lei natural permite deduzir uma série de princípios fundamentais racionalmente reconhecidos, a serem posteriormente aplicados de acordo com as circunstâncias sociais e adequadas a realidade concreta na qual se manifestam.

Em suma, o direito natural, tal como coloca Galvão de Sousa, não constitui método infalível de aplicação do direito, retirando a responsabilidade do homem de encarar a experiência jurídica normativa com prudência e parcimônia. Como também, não gera a adequação a um direito ideal ou parado no tempo; mas antes permite a proteção dos indivíduos em sua dignidade metafísica plena, face aos avanços arbitrários dos poderes políticos, na medida confere ao indivíduo a liberdade fundamental de alcançar, por sua ação independente, a finalidade mais profunda da sua própria existência<sup>332</sup>.

---

<sup>332</sup> “inserido entre a metafísica e a história, o direito natural não leva o homem para a cidade das nuvens, em miragem utópica, nem tampouco o reduz, com as ideologias materialistas, a um apêndice da natureza. aponta-lhe o destino eterno, vendo-o, nas vicissitudes da existência a se esforçar para a realização dos valores autênticos valores humanos, que o tornam participante do sumo bem” (Sousa, José Pedro Galvão de; *a realização histórica do direito natural*. presença, rio de janeiro, 1989).

## BIBLIOGRAFIA:

**AQUINO**, st. tomás de; Suma teológica, Ia Ilae; volume 2, ed. ecclesiae 2020, campinas, SP, tradução de Alexandre Correia.

**ARISTÓTELES**, *ética a Nicômaco*, Tradução por Luciano ferreira de Souza, são Paulo, ed. Martin Claret, 2015.

**BARROSO**, luis roberto; neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil); Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 204, p. 1- 42, abr.-jun. 2005; p.4 e 5) disponível em: *Neoconstitucionalismo - O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil* (migalhas.com.br). último acesso em 12/06/2023.

**BOBBIO**, Norberto, **MATTEUCCI**, nicola, **PASQUINO**, guianfranco; *Dicionário de politica, volume 1*; trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. - Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1 la ed., 1998

**BROOKS**, Thom, *Hegel's Social and Political Philosophy*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2022 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2022/entries/hegel-social-political/>. último acesso em 29/01/2023.

**CHOUST**, Anton-Hermann, *Ius Gentium in the Philosophy of Law of St. Thomas Aquinas*, 17 Notre Dame L. Revista. 22 (1941). Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol17/iss1/>, último acesso em 12/06/2023.

**DIP**, Ricardo; *Neoconstitucionalismo, direito natural da pós-modernidade*; AQUINATE, n. 17 (2012), 13-27. Disponível em: [http://www.aquinate.com.br/wp-content/uploads/2016/11/C.Aq\\_.17.Art\\_.Dip\\_.pp\\_.13-27..pdf](http://www.aquinate.com.br/wp-content/uploads/2016/11/C.Aq_.17.Art_.Dip_.pp_.13-27..pdf) , último acesso em 12/06/2023.

**DE CICCIO**, Cláudio. Miguel Reale. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso

Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/128/edicao-1/miguel-reale>, \_\_\_\_; ultimo acesso em 06/05/2023.

**ELIAS DE TEJADA**, Francisco; *filosofia jurídica brasileña*; separata del nº 30 de la revista Estudios americanos, sevilla, 1954.

**FERRAZ COSTA**, João Batista de Almeida Prado Ferraz; *a relação entre direito natural e direito histórico dos fundamentos do pensamento político de José Pedro Galvão de Sousa*- anápolis, GO- ed. magnificat. 2021

**FUSTEL DE COULANGES**, Numa Denis, a cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma; tradução de Roberto Leal Ferreira ; são paulo, Martin claret, 2009; p. 123 e 125.

**HERVADA**, javier; *lições propedêuticas de filosofia do direito*; tradução de elza maria gasparotto; - São Paulo; wwf Martins fontes , 2008.

**HESSE**, konrad; *a força normativa da constituição* (die normative Kraft der Verfassung), tradução Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991.

**JOLLIVET**, regis, curso de filosofia, tradução de eduardo prado de mendonça, livraria agir editora, rio de janeiro, 3ª ed., 1957.

**KRAUT**, Richard, *Aristotle's Ethics*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2022 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2022/entries/aristotle-ethics/>>.

**NUNES**, rafael morin, *A LEI NATURAL EM JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA: uma análise à luz do pensamento de Tomás de Aquino*, Porto alegre, UFRS; 2021.

**ORTEGA Y GASSET**, josé; *meditações do quixote*, tradução de Ronald Robson, Campinas, SP, Vide editorial, 1ª edição; 2019.

**RAMÍRES**, Santiago, 1958, *La filosofía de Ortega y Gasset*, Barcelona; Herder. disponível em:

**REALE**, Miguel; *Teoria tridimensional do direito* - 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 1994.

— *O direito como experiência*; introdução à epistemologia jurídica, 2ª ed. São Paulo, saraiva, 1992

— *Direito natural/ direito positivo*- 1a edição, 2a tiragem; são Paulo, ed. Saraiva, 1984.

— *Lições preliminares de direito*- 27a ed.- São Paulo: saraiva, 2022

— *Filosofia do direito*- 20ª edição, São Paulo: saraiva 2002

**RECASENS SICHES**, luis, *annuaire de l'institut de philosophie du droit et de sociologie juridique*, o. c. tomo 3.

**SOUSA**, J. P. Galvão de; *o positivismo jurídico e o direito natural*, São Paulo, 1940.

— *Direito natural, direito positivo e estado de direito* [por] J. P. Galvão de Sousa, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

— *O Estado Tecnocrático. In* - obras seletas III: Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito e O Estado Tecnocrático/ José pedro galvão de Sousa - Rio de janeiro: ed. CDB, 2022

— *Historicidade do direito e elaboração legislativa. In* Direito e Política/ José pedro galvão de Sousa - Anápolis, GO; Magnificat, 2020 (Obras reunidas de José pedro galvão de Sousa; vol. 1).

— *O que deve ser uma constituição. In*: Direito e Política/ José pedro galvão de Sousa - Anápolis, GO; Magnificat, 2020 (Obras reunidas de José pedro galvão de Sousa; vol. 1).

— *O pensamento político de São Tomás de Aquino. In*: Direito e Política/ José pedro galvão de sousa - Anápolis, GO; Magnificat, 2020 (Obras reunidas de José pedro galvão de Sousa; vol. 1).

— *Perspectivas históricas e sociológicas do direito brasileiro*, In: Direito e Política/ José Pedro Galvão de Sousa - Anápolis, GO; Magnificat, 2020 (Obras reunidas de José Pedro Galvão de Sousa; vol. 1).

— *Introdução à história do direito político brasileiro*- 2ª edição; editora Saraiva, São Paulo, 1962.

— *Conceito e natureza da sociedade política*. In: Direito e Política/ José Pedro Galvão de Sousa - Anápolis, GO; Magnificat, 2020 (Obras reunidas de José Pedro Galvão de Sousa; vol. 1).

— *Das relações entre o homem e a sociedade segundo São Tomás de Aquino*; IN revista hora presente, ano IV, setembro de 1974; nº 16,

— *O conceito comunitário da família e do casamento*; In: Direito e Política/ José Pedro Galvão de Sousa - Anápolis, GO; Magnificat, 2020 (Obras reunidas de José Pedro Galvão de Sousa; vol. 1)

— *Dicionário de política* / José Pedro Galvão de Sousa, Clovis Lema Garcia, José Fraga Teixeira de Carvalho. - São Paulo: TA Queiroz, 1998

— *A realização histórica do direito natural*. Ed. Presença, Rio de Janeiro, 1989